Derecho Privado

Sociedades y otras formas de organización jurídica de la empresa

Derecho Privado

Sociedades y otras formas de organización jurídica de la empresa

~

José María Curá

Director

Julio C. García Villalonga

Coordinador

Mercedes Ales Uría Acevedo - Mercedes de Artaza
Mariana Baigorria - Gerardo F. Bernusi
Alejandra Bianchi - Pablo G. Bisogno - José María Curá
Pablo D. Frick - Julio César García Villalonga
Horacio A. Irigoyen - Liliana Carina Irustia
Pablo Raúl Masud - Ángela Montilla de Frías
Natalia Gabriela Neme - Enrique A. Peláez
Gonzalo Peñalba Pinto - Hernán Rey
Mercedes Guadalupe Rubino - Sebastián Sal
C. Ramiro Salvochea - Christian Taliercio
Olga Amanda Vidano

Autores



Curá, José María

Derecho privado. Sociedades y otras formas de organización jurídica de la empresa. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015.
768 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987

1.

CDD

Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Printed in Argentina

Tirada: xxx ejemplares

ISBN

SAP

ARGENTINA

Índice General

Pág.

Preliminar

Por José María Curá y Julio César García Villalonga

Capítulo I

Personas. Bienes

Por Mercedes Ales Uría Acevedo y Pablo G. Bisogno

Pág.

Capítulo II

Hechos y actos jurídicos. Obligaciones

Por Alejandra Bianchi

CAPÍTULO III

CONTRATOS

Por Gonzalo Peñalba Pinto

Capítulo IV

Empresa, empresario y contratos asociativos

Por José María Curá

Pág.

CAPÍTULO V

SOCIEDAD. NATURALEZA. ELEMENTOS

Por Horacio A. Irigoyen y Gerardo F. Bernusi

CAPÍTULO VI

ELEMENTOS ESPECÍFICOS. PERSONALIDAD

Por Julio César García Villalonga

CAPÍTULO VII

CAPITAL SOCIAL. APORTES

Por C. Ramiro Salvochea

Capítulo VIII

Organización societaria

Por Hernán Rey

Capítulo IX

Los socios. Nulidad. Sociedades de la sección IV - Sociedades subsanables

Por Liliana Carina Irustia

Capítulo X

Documentación y registración

Por Christian Taliercio

Capítulo XI

Vicisitudes. Reorganización

Por Mariana Baigorria y Olga Amanda Vidano

Capítulo XII

Vinculaciones societarias. Grupos. Actuación en el país de sociedades constituidas en el extranjero

Por Pablo Raúl Masud

Capítulo XIII

Las sociedades de personas

Por Mercedes Guadalupe Rubino

CAPÍTULO XIV

LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Por Enrique A. Peláez

Capítulo XV

La sociedad anónima. Capital social. Acciones. Derechos de los accionistas

Por Sebastián Sal

Capítulo XVI

Órganos sociales. Asamblea

Por Mercedes de Artaza

CAPÍTULO XVII

DIRECTORIO. FISCALIZACIÓN INTERNA

Por Pablo D. Frick

CAPÍTULO XVIII

SOCIEDADES EN COMANDITA POR ACCIONES. SOCIEDADES COOPERATIVAS. ORGANISMOS PÚBLICOS RESPONSABLES DE LA FISCALIZACIÓN EXTERNA. BOLSAS DE COMERCIO. FONDOS COMUNES DE INVERSIÓN

Por Ángela Montilla de Frías

Capítulo XIX

El Estado y su actuación a través de la forma societaria. Agrupamientos. Delitos societarios

Por Natalia Gabriela Neme

Preliminar

Por José María Curá y Julio César García Villalonga

1. El Código Civil y Comercial. Antecedentes. Principios generales. La unificación y su incidencia sobre los derechos personales, las sociedades y la actividad económica

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), sancionado mediante ley 26.994, publicada en el Boletín Oficial (BO) el 8/10/2014, y cuya vigencia se fijó a partir del 1/8/2015, mediante ley 27.077 (publicada en el BO el 19/12/2014), tiene como antecedente primero el dec. 191/2011, de fecha 23/2/2011, dictado por la presidente de la República el 23/2/2011, mediante el cual creó la "Comisión para la Elaboración del proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación", integrada por Aída Kemelmajer de Carlucci y los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ricardo Luis Lorenzetti, quien actuó como presidente, y Elena Highton de Nolasco.

Dicha Comisión se comprometió a elevar un proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y de Comercio de la Nación en el plazo de 365 días corridos, cometido —éste— que fue cumplido, teniendo lugar el 27/3/2012 la presentación del Anteproyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Para alcanzar dicho resultado, la Comisión, auxiliada por cerca de una treintena de subcomisiones —integradas por diversos especialistas de todo el país y algunos del extranjero— dio forma al Anteproyecto mencionado, al que dotó de 2671 artículos —con más derogaciones y modificaciones propuestas, en particular, a la ley 19.550—, lo que implicó una drástica reducción cuantitativa, teniendo en cuenta los 4051 artículos del Código de Vélez Sarsfield —que entró en vigencia en 1871—, con más los artículos del Código de Comercio, también elaborado en el siglo XIX por Vélez y Acevedo (Código que, sin embargo, fue objeto de numerosas modificaciones y derogaciones de capítulos, reemplazados por leyes anexas).

El Anteproyecto de referencia fue también objeto de observaciones por el Poder Ejecutivo Nacional, quien efectuó modificaciones, tanto en el ar-

ticulado originario propuesto por la Comisión como —en lo que aquí interesa— en las innovaciones planteadas en torno a la ley 19.550, que de este modo quedó consolidada —frente a la desaparición de las sociedades civiles en el nuevo Código, como la Ley General de Sociedades (LGS)—.

Este CCyCN —bien llamado "código del siglo XXI"— se inserta en un sistema complejo, caracterizado por el dictado de numerosas leyes especiales, jurisprudencia pretoriana y pluralidad de fuentes.

Con vistas a ello se procuró definir los grandes paradigmas del derecho privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento, tales como el de la buena fe (art. 9°, CCyCN) y el de la sanción al abuso del derecho (art. 10, CCyCN), entre otros, que no sólo procuran la sociabilidad en el ejercicio de los derechos, sino también establecen un diálogo entre fuentes (las normas del Código y de sus anexos, la Constitución Nacional, los tratados internacionales, restantes leyes, jurisprudencia y usos y costumbres) que debe ser razonablemente fundado (arts. 1°, 2° y 3°, CCyCN).

Se ha pensado en el ciudadano y por tal motivo —según refiere Lorenzetti en la presentación del proyecto—, "los paradigmas y principios responden a las prácticas sociales y culturales vigentes, todo lo cual se expresa en el lenguaje más claro posible".

En tal sentido, la construcción de una esfera de la individualidad personal se erige en un aspecto central del nuevo Código, lo cual puede verificarse, por ejemplo, en la consagración de la capacidad como regla (arts. 22 y ss., CCyCN), el amplio reconocimiento de los derechos personalísimos (arts. 51 y ss., CCyCN) y el reconocimiento de mayores libertades en materia de nombre (arts. 62 y ss., CCyCN), entre otros.

En esa inteligencia, también se ha decidido incorporar al consumidor como sujeto de derechos siguiendo las normas constitucionales vigentes. Esta toma de posición produce numerosas consecuencias que redimensionan el sistema: el tipo general de contrato se fractura en dos y hay un título relativo al contrato clásico y otro vinculado al contrato de consumo.

Se adoptaron, asimismo, decisiones para reforzar la seguridad jurídica en la actividad económica en varios campos, entre los que cabe destacar:

a) La persona jurídica

Se consagra como principio general el de la inoponibilidad (art. 144, CCyCN) —que tal como se verá en su momento, alcanza sólo a las personas jurídicas privadas—, así como los deberes de los administradores (arts. 159 y ss., CCyCN) y se efectúa una detallada regulación de las asociaciones civiles (arts. 168 y ss.).

En materia de sociedades (se sobreentiende que "comerciales", frente a la desaparición del contrato de sociedad civil) es valorable la incorporación de la sociedad de un solo socio (únicamente para el tipo sociedad anónima)

y la desaparición de las denominadas "sociedades irregulares y sociedades de hecho" que pasan a ser reemplazadas por lo que se podría dar en llamar "sociedades subsanables", así como la ampliación del régimen de la sociedad socia (art. 30, LGS), entre otras.

b) Cambios en el régimen obligacional

Se prevé la existencia de la obligación como deuda y como responsabilidad (art. 746, CCyCN), la eliminación de las obligaciones naturales (art. 728, CCyCN) y la protección del crédito a través de la mora automática (arts. 886 y ss., CCyCN) entre otros.

c) Contratos, parte general

Se receptan numerosas disposiciones vigentes en el derecho comparado y se incorporan textos precisos en lo concerniente a vínculos de larga duración (art. 1011, CCyCN) y contratos conexos (art. 1073, CCyCN).

d) Contratos especiales

Se establece una normativa específica en relación a los contratos de suministro, *leasing*, contratos bancarios, contrato de factoraje, cuenta corriente mercantil, contrato de agencia, contrato de concesión, contrato de franquicia, contrato de fideicomiso y contrato de arbitraje doméstico. A tales fines, se tuvo en cuenta la legislación internacional y los aportes doctrinarios y jurisprudenciales a nivel nacional.

Resta señalar que en materia de derecho internacional privado se presenta un cuadro de disposiciones aplicables a situaciones vinculadas a variados ordenamientos jurídicos, sentándose reglas precisas relativas a las situaciones que pudieran presentarse en materia de persona humana, contratos, responsabilidad civil, títulos valores, derechos reales y prescripción, entre otros.

2. La supresión del denominado "estatuto del comerciante" y la empresa

Muestra el nuevo ordenamiento un singular apartamiento del orden dado por el Código de Comercio, construido a partir de la noción de *comerciante*, tal cual informaba su art. 1°. Esto es, desaparece la persona que, ejerciendo por cuenta propia, lleva a cabo actos de comercio, teniendo capacidad legal para contratar, hace de ello su profesión habitual, dando lugar al *empresario* como sujeto organizador de la *empresa*. Persona aquella referida con un sentido profesional o de especial actividad.

Queda así atrás una definida concepción normativa, sostenida en la concepción del *acto comercio* (art. 8°, CCom.), para avanzar hacia la realización de actos a través de la *empresa*.

Trae consigo la reforma normas generales para todos los contratos asociativos, a punto tal que se incluye, dentro del CCyCN, el tratamiento del

negocio en participación, las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias, dejando de lado la regulación de la sociedad civil, acorde con una línea de pensamiento a favor de la unificación de las materias civiles y comerciales, extendido también ésta a la ley de sociedades.

De tal modo, se incluyen en el Código los “contratos de colaboración”, así llamados en la Ley de Sociedades Comerciales (arts. 367 a 383, introducidos por la reforma de 1983), precisamente porque son contratos y no sociedades.

Se muestra como novedad, en materia de organización empresarial —tal como se adelantó y se desarrollará ulteriormente—, la forma unipersonal, conocida en algunas legislaciones como sociedad unipersonal, novedad en, por ejemplo, el derecho colombiano desde su presentación en la Ley 222 de 1995. Figura que puede ser entendida en términos generales, como una empresa con personalidad jurídica, constituida por un solo socio o de propiedad de una sola persona. En este caso, generó un gran escepticismo inicial en tanto contradictorio a la teoría de las sociedades y de la tradición jurídica del “contrato societario” (art. 98 del Código de Comercio de Colombia)[1].

La discusión sobre esta modalidad de sociedad, controversia bajo la perspectiva comercial fundada en la existencia exclusiva en la Argentina de sociedades de dos o más personas, tuvo su origen principalmente en Alemania, con un esquema de empresa unipersonal, basado en la creación de un patrimonio autónomo y propio, destinado a una definida explotación económica. Debe entenderse por patrimonio autónomo, el constituido por bienes de una persona, que al ser independizados, son destinados para fines específicos y que sirven de garantía de las obligaciones vinculadas a la ejecución o cumplimiento de una actividad. En estos casos, la persona sigue siendo la titular del patrimonio afectado, sin que se forme una persona jurídica.

Concepción que se separa de la clásica idea del patrimonio, como atributo de la personalidad, como uno solo y único, que no puede dividirse sin que se divida la persona titular de los derechos y obligaciones. Por ende, el patrimonio autónomo en sí mismo considerado permite la afectación de unos bienes de la persona al cumplimiento de una determinada finalidad de tipo empresarial. Noción de patrimonio autónomo que permite estructurar una parte de la construcción jurídica de la fiducia, de una gran utilización en materia financiera y mercantil.

De allí, los contenidos de esta obra se dirigen a integrar el proceso científico alrededor de una idea central: la empresa, que se reconoce como eje estructural de esta obra.

Sobre la base de un fenómeno de hecho, configurado por la organización de factores de la producción para la producción de bienes y servicios,

---

(1) Vargas Amaya, Jeaneth, *La empresa unipersonal. La Reforma al Código de Comercio*, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1996.

apreciado desde el pensamiento científico a partir de la observación, se instala la empresa como objeto de análisis, para su examen y aplicación de las normas jurídicas.

No se duda en sostener que las apuntadas nociones, como la de acto de comercio y la de sociedad comercial, frente al proceso de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, dan paso hoy a la de empresa como fundamento de un moderno derecho mercantil.

No se trata ahora de atribuir personalidad jurídica a la empresa, sino de atender a su carácter organizacional dirigido a la producción de bienes y servicios, donde su observación desde el plano jurídico se ubica a la par de otras ciencias como la contable, sociología, economía, psicología, administración, ingeniería, medicina, etcétera.

De tal modo, la obra examina a las personas y sus relaciones jurídicas, donde la figura del contrato constituye el necesario e inevitable modo de vinculación en el mundo de los negocios. Luego transita y desarrolla la problemática de las sociedades, como contrato asociativo que permite a la empresa instalarse en el mundo de las relaciones jurídicas.

Sobre la existencia de un derecho de la empresa no se duda aquí acerca de la indiscutible existencia de un derecho de la empresa, como elemento autónomo integrante del sistema jurídico argentino, dotado de autonomía científica.

El fenómeno de la empresa constituye inevitable punto de referencia para el análisis, a la par de las formas asociativas, como las cooperativas, mutuales, asociaciones civiles, simples asociaciones, sociedades de garantía recíproca,

De modo particular esta obra toma el caso de las sociedades a partir de su existencia como hecho que la realidad informa, como reunión de dos o más personas que, aplicando aportes para la realización de un objeto común, se comprometen a participar en las ganancias y pérdidas que de ello resulte. Ahora también como acto unilateral de una persona.

Así se configura un ordenamiento especial que, valga destacar, no es objeto de derogación por parte de la reforma, sino de mera modificación. Ello refuerza el carácter singular de la disciplina.

Especialidad denotada no sólo por la vigencia de un cuerpo normativo diferenciado, sino por la existencia de doctrina propia, tribunales con competencia en la materia, cátedras y carreras de especialización en derecho societario, congresos, etc. Todo ello conforma un plexo que exhibe su particular existencia y, consecuentemente, el necesario tratamiento.

He aquí el punto de atención en el planteo científico de la cuestión que se analiza. Se trata del primer objeto de observación a partir del cual el observador puede conocer el ámbito de aplicación del instituto jurídico, sea

como herramienta de desarrollo —más precisamente para los profesionales de las ciencias económicas (contadores públicos, administradores, actuarios, economistas)—, o como respuesta del derecho al proceso de crecimiento económico en el caso de los profesionales de las ciencias jurídicas (escribanos, abogados, traductores).

Queda atrás el estatuto del comerciante, mientras el derecho refleja lo que la empresa es en un sentido económico. Ésta empieza siendo pura actividad, pero produce una cosa nueva que adquiere su vida propia, una entidad que se separa del empresario, hasta el punto que muchas veces su interés es opuesto al interés de aquél, y cuando surge un conflicto de esa naturaleza suele subordinarse el interés del empresario al de la empresa(2).

Bien vale citar, a modo de ejemplo, el caso de Italia. Su legislación, específicamente en los arts. 2082 y ss. del Código Civil —*Codice Civile*— de 1942, inscribe por primera vez los conceptos de “empresa” y “empresario”, donde la teoría de la empresa y la reestimación de la calidad de empresario entroncan con una tendencia “neocorporativista”.

(2) Cfr. Garrigues, Joaquín, *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, ps. 267/268 y 272/274.

Capítulo I

Personas. Bienes

Por Mercedes Ales Uría Acevedo[1] *y Pablo G. Bisogno*[2]

Sumario: 1. Persona humana. 1.1. La persona humana en el Código Civil y Comercial. Concepto. Armonización con el ordenamiento jurídico argentino. 1.2. Comienzo de la existencia. 1.3. Fin de la existencia de la persona humana. Ablación de órganos. Presunción de fallecimiento. 1.4. Atributos de la personalidad. 1.5. Derechos personalísimos.— 2. Persona jurídica. 2.1. La teoría general de la persona jurídica en el Código Civil y Comercial. Normas aplicables y su armonización con la ley de sociedades. 2.2. Personalidad. Inoponibilidad (arts. 141 a 144). 2.3. Atributos de la personalidad. 2.4. Funcionamiento. 2.5. Fin de la existencia. 2.6. Clasificación, persona jurídica privada (arts. 145 a 167). 2.7. Asociaciones civiles (arts. 168 a 192). 2.8. Las simples asociaciones. 2.9. Fundaciones (arts. 193 a 224).— 3. Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva (arts. 225 a 256). 3.1. Definiciones. 3.2. Clasificaciones de las cosas. 3.3. Bienes con relación a las personas. 3.4. Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva. 3.5. Función de garantía de los bienes.— Síntesis.

1. Persona humana

1.1. La persona humana en el Código Civil y Comercial. Concepto. Armonización con el ordenamiento jurídico argentino

"Así pues, por causa del hombre ha sido constituido el derecho"[3].

Ya en el siglo IV de nuestra era, el jurista Hermogeniano, en el *Digesto* que se le atribuye, incluyó esta afirmación que contiene, en sí, una cosmo-

---

(1) Abogada. Doctora en Derecho, Universidad de Sevilla. Profesora titular de Derecho de Familia y Sucesiones, Universidad del Salvador.

(2) Abogado. Magíster en Derecho Empresario Económico por la Universidad Católica Argentina. Docente en la materia Elementos de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

(3) *Digesto*, 1, 5, 1.

visión del hombre, sus relaciones en sociedad y, como lógica consecuencia, del fenómeno que se conoce como Derecho. Casi dos milenios después, el legislador argentino, al enfrentarse con la tarea de reformar y codificar la universalidad del derecho privado, ha refrendado la vigencia de la afirmación romana al dedicar el Título 1 del Libro Primero del nuevo Código Civil y Comercial (CCyCN) a la "Persona Humana". Así se continúa afirmando que el ser humano es el centro y razón de ser del Derecho y, por su parte, el derecho privado se ocupa de la regulación de las distintas relaciones privadas que el individuo desarrolla en esferas cada vez más amplias de vinculación con otras personas.

Dentro del derecho privado se denomina derecho de la persona al conjunto de normas que rigen el ámbito específico de la personalidad en sentido jurídico, incluyendo el comienzo y fin de la existencia de ella, capacidad, atributos y derechos personalísimos. Éstas reflejan las condiciones, presupuestos y circunstancias que el ordenamiento jurídico toma en consideración para reconocer a un ser humano como sujeto de derecho, tanto en sus relaciones públicas como privadas. En razón de esto es que las disposiciones del CCyCN deben estar en concordancia con las normas de la Constitución Nacional y tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional en los siguientes aspectos: i) datos de relevancia para reconocer la personalidad jurídica; ii) momento en el que comienza a considerarse que existe una persona; iii) fin de la existencia de la persona, y iv) extensión jurídica de la personalidad.

El antiguo art. 30 del derogado Código Civil indicaba que persona era un "...ente susceptible de adquirir derechos o contraer obligaciones". Luego de diferenciar a las personas de existencia real de las ideales o jurídicas, en el art. 51 se definía a las personas de existencia visible como "...todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes". El CCyCN evade las definiciones y no describe a la persona humana, pero, en consideración a lo dispuesto en el art. 19, cabe colegir que todo ser humano por el hecho de serlo es persona para el Derecho. Ello sin ninguna distinción de las que la metafísica denomina accidentales; tal el caso del género, raza, características físicas o intelectuales, edad, etc. Esta interpretación es concordante con lo dispuesto en el art. 6° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 3° de la Convención Americana de Derechos Humanos, y art. 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, según la interpretación con la que la República Argentina ratificó dicho instrumento[4].

(4) Según esta interpretación, contenida en la ley 23.849, "...se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción hasta los 18 años de edad". Nótese que esta aclaración abarca a todas las formas de concepción, tanto las naturales como las que tienen lugar por medio de TRHA.

1.2. Comienzo de la existencia

Los arts. 19 a 21, CCyCN, regulan el comienzo de la existencia, para el Derecho, de la persona humana. Existencia se refiere en este contexto a la adquisición plena y consolidación de derechos y obligaciones de tipo legal. Es importante aclarar que se refiere al inicio que es jurídicamente relevante sin inmiscuirse en los planos afectivo, psicológico o religioso, entre otros, por cuanto la existencia queda sujeta a una condición resolutoria que es el nacimiento con vida. En efecto, si un niño o niña por nacer fuere alumbrado sin vida, el Derecho argentino considerará que nunca ha existido. Por el contrario, si vive separado del cuerpo de su madre, aunque sea unos breves minutos, será tenido como una persona en el pleno sentido legal y habrá consolidado en su patrimonio jurídico todos los derechos y obligaciones de los cuales fuera acreedor. La trascendencia de esta condición es, de manera ejemplar, patente en lo que hace a derechos sucesorios (Libro Quinto del CCyCN).

Con anterioridad a la redacción que definitivamente asumió el art. 19 del CCyCN, la doctrina se debatía en torno a la situación de los embriones concebidos pero no implantados, fundamentalmente en el campo de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) donde es factible separar concepción e implantación. Ello, en tanto el art. 70 del derogado Código Civil indicaba que el comienzo de la persona humana quedaba marcado por la concepción "en el seno materno". No obstante, una correcta hermenéutica de este artículo, junto con los arts. 51 y 63, permitía afirmar que ya en la concepción hay signos característicos de humanidad (ADN humano) y, por ende, persona humana en el pleno sentido jurídico. La actual redacción del art. 19 no deja lugar a dudas de que hay persona humana, un pleno centro de imputación de normas jurídicas, desde el momento de la concepción ya sea ésta intra o extracorpórea.

No obstante lo anterior, subsisten interrogantes en cuanto a los embriones concebidos *in vitro* y los destinos que puedan legal y válidamente dárseles. No existen mayores inconvenientes cuando los embriones son inmediatamente implantados en el marco de un procedimiento de TRHA —ya se trate de un método homólogo o heterólogo—, sino que los interrogantes aparecen cuando se considera la crioconservación, la donación para investigación y la posibilidad de adopción por una pareja diversa de la que se sometió a la TRHA en cuestión. Es dable entender que la segunda posibilidad se encuentra vedada en tanto no cabe la investigación sobre personas humanas. Por el contrario, queda abierto el debate en torno a la crioconservación y la eventual adopción mientras los embriones no implantados quedan sujetos a la responsabilidad parental de sus progenitores.

El art. 20 del CCyCN mantiene los plazos de concepción y duración del embarazo que ya hubiera formulado el derecho romano. Para el cálculo, se toma la fecha cierta del nacimiento y se cuenta para atrás ciento ochenta y trescientos días. El período de ciento veinte días entre uno y otro es el pla-

zo durante el cual se presume ocurrida la concepción. Esta presunción es *iuris tantum* por lo que puede ser desvirtuada por prueba en contrario. Un ejemplo claro puede encontrarse en los supuestos de TRHA en los que una implantación podría producirse en un plazo muy distante a la concepción y, en consecuencia, el niño o niña, fruto de la TRHA, nacer con posterioridad a los plazos que la ley presume normales para la concepción y gestación. Aquí se debería hacer valer lo dispuesto en los arts. 570, 575 y concs., en tanto la prueba del consentimiento libremente otorgado por el padre y madre servirá a los efectos del art. 20. Entre algunos de los efectos legales derivados de la fijación del momento de concepción y duración normal del embarazo, pueden citarse: determinación de la paternidad en caso de matrimonios subsiguientes, adquisición de derechos sucesorios, aceptación de donaciones en nombre del no nacido, etcétera.

El art. 21 del CCyCN indica que, si bien la existencia de la persona comienza con su concepción, su existencia jurídica queda supeditada al hecho de que nazca viva: si muere antes de estar completamente separada de su madre, se la tendrá como que nunca ha existido. Para considerar que la persona ha vivido se precisa que haya respirado de forma autónoma, aunque sea por instantes, luego de la separación del cuerpo materno. En caso de duda, tal como establece la parte *in fine* del art. 21 del CCyCN, se presume que ha vivido a menos que se logre desvirtuar tal consideración legal por prueba en contrario. El CCyCN ha seguido en este punto la tradición jurídica contenida en el Código Civil derogado en cuanto no requiere que haya ni, i) viabilidad o aptitud de supervivencia ni, ii) que se haya mantenido con vida por un lapso prepautado de tiempo.

1.3. Fin de la existencia de la persona humana. Ablación de órganos. Presunción de fallecimiento

El art. 93 del CCyCN contiene una afirmación propia de la experiencia cotidiana y común: la existencia de la persona humana termina con su muerte. La comprobación de este hecho de carácter biológico quedará sujeta a lo que la medicina determine al respecto (art. 94, CCyCN) y deberá volcarse en el certificado de defunción y en correspondiente asiento registral (art. 96, CCyCN).

La parte final del art. 94 del CCyCN hace referencia a la ablación de órganos remitiendo a la legislación especial que es la ley 26.066. En esta norma se encuentran disposiciones precisas en torno al momento en que el cese de funciones vitales se torna irreversible y puede procederse a la ablación de determinados órganos con la finalidad de trasplante gratuito y anónimo en beneficio de un tercero. Así es que, de acuerdo con el art. 23 de la ley 24.193, se precisa el cumplimiento de las siguientes pautas: i) ausencia irreversible de respuesta cerebral con pérdida de conciencia; ii) falta de respiración espontánea; iii) carencia de reflejos cefálicos; iv) pupilas fijas no reactivas;

v) inactividad encefálica, y vi) perduración de los anteriores por 6 horas previas a la ablación.

Todo lo anterior deberá ser constatado por dos médicos, uno de los cuales deberá ser neurólogo o neurocirujano. Ninguno de estos dos profesionales podrá intervenir en la ablación del o los órganos a ser utilizados con fines de trasplante.

El art. 98 del CCyCN establece, para el caso en que no pueda ser hallado el cadáver o el mismo sea de imposible identificación, que el juez puede ordenar la inscripción del fallecimiento en el Registro Civil. Éste es el caso de una muerte indubitable y la certeza de imposibilidad de supervivencia de la persona. Cuando tal grado de certeza no exista y no pueda hallarse el cadáver será necesario recurrir al procedimiento que regula el capítulo 7, arts. 85 a 92, del CCyCN, es decir, la presunción de fallecimiento.

La presunción de fallecimiento es una institución de muy antigua data en el derecho privado y encuentra sus primeros antecedentes en el derecho romano. Esta creación jurídica responde a la realidad, no poco frecuente, de que una persona se ausenta de su domicilio y lugar habitual de residencia sin que su familia, conocidos y allegados tengan noticias de ella. Cuando esta desaparición se prolonga por al menos tres años (art. 85, CCyCN), sin que nadie atienda los intereses y bienes de la persona, o median circunstancias que hacen presumir que la persona haya fallecido, tales como accidentes, naufragios, guerras, conflictos civiles, que reducen el plazo a dos años y seis meses, respectivamente (art. 86, incs. a] y b], CCyCN), se recurre al instituto de la presunción de fallecimiento con un doble objetivo: i) preservar los derechos del presunto fallecido y ii) defender los derechos de los potenciales causahabientes y de todos los que poseen un derecho subordinado al fallecimiento del ausente.

Toda persona que posea un derecho subordinado a la muerte del ausente puede solicitar, ante el juez del último domicilio conocido, el inicio de este proceso. Para ello deberá demostrar la ausencia por el plazo previsto en el CCyCN y la realización de esfuerzos —que pueden haber sido efectuados por el denunciante o por un tercero— tendientes a dar con el paradero del ausente. Una vez iniciado el proceso, si el juez acoge la solicitud, se realizarán dos medidas: i) la designación de un curador a los bienes y ii) la citación por edictos durante seis meses, a intervalos de un mes, al ausente. Transcurridos los seis meses con sus correspondientes edictos, se determinará la muerte del ausente fijándose como fecha cierta la que surja de las pautas contenidas en el art. 90 del CCyCN y procediendo, en lo que respecta a la distribución de los bienes y prenotación registral por el plazo de cinco meses (arts. 91 y 92, CCyCN). La prenotación es una medida tendiente a proteger a los terceros que contraten de buena fe con los herederos del ausente. En el supuesto de su reaparición, declarado fallecido, se estará a las reglas del heredero presunto poseedor de buena fe (Libro Quinto CCyCN).

1.4. Atributos de la personalidad

Bajo la categoría de atributos de la personalidad se encuentran ciertas circunstancias y cualidades que son consideradas inescindibles de la persona humana. Entre ellos cabe enumerar: capacidad, domicilio y nombre. El primero se refiere al reconocimiento legal de la aptitud para entrar en el intercambio jurídico, modificando los derechos y obligaciones que residen en cabeza de la persona. El segundo hace a su localización física en el mundo del Derecho. Y el tercero corresponde a la cualidad de identificación única de cada individuo. Los tres atributos se encuentran ahora regidos por los arts. 22 a 50 (capacidad); 62 a 72 (nombre), y 73 a 78 (domicilio).

1.4.1. Capacidad. Restricción y sistemas de apoyo a la capacidad

La capacidad en términos jurídicos puede ser de hecho o de derecho. La primera, conforme el art. 22 del CCyCN, es la aptitud de la persona para ser titular de derechos y deberes jurídicos. Esta aptitud es genérica y solamente por excepción y en casos particulares puede ser restringida. La segunda es la aptitud para ejercer *por sí mismo*, en la vida cotidiana, los derechos y deberes de los que se es titular y que también puede ser limitada según la ley lo prevea expresamente y conforme sentencia judicial (art. 23, CCyCN). La ausencia de capacidad de hecho o ejercicio está presente en los casos que regula el art. 24 del CCyCN: i) personas por nacer, ii) menores de edad, y iii) incapaces declarados en juicio.

Los menores de edad son el segmento compuesto por las personas nacidas y menores de 18 años, siendo los mayores de 13 años los que se encuadran como adolescentes y que gozan de una incapacidad relativa de hecho (art. 25, CCyCN). Esta última distinción posee relevancia en todo lo referido a decisiones que afectan la salud y sometimiento a tratamientos médicos tal como los definen los párrafos tercero y cuarto del art. 26 del CCyCN. La plena capacidad de decisión en materia del cuidado del propio cuerpo se adquiere a los 16 años. Para todo el resto de la vida jurídica, el menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes aunque el ordenamiento le reconoce capacidad de ejercicio *per se* conforme a su edad y madurez, parámetros ambiguos que no se encuentran definidos. Es claro el CCyCN en cuanto a que toda persona menor de edad podrá ejercer los actos profesionales para los cuales cuente con título habilitante, sin necesidad de previa autorización y con la plena disponibilidad sobre el producido económico de dicha profesión (art. 30).

La emancipación se produce únicamente por matrimonio; es decir que el menor puede emanciparse por matrimonio a partir de los 16 años (art. 27, CCyCN). La emancipación por esta vía produce la consolidación de la capacidad de ejercicio para todos los actos de la vida civil (a diferencia de lo dispuesto en el art. 30 del CCyCN que solamente aplica para los actos de ejercicio profesional) con las únicas excepciones previstas en el art. 28 del

CCyCN y que guardan un fin tuitivo al no permitir: i) aprobar las cuentas de la tutela; ii) donar bienes recibidos a título gratuito, o iii) afianzar obligaciones. Para disponer de cualquier forma de bienes recibidos a título gratuito debe requerir autorización judicial (art. 29, CCyCN). Las tres cesan al adquirir los 18 años de edad.

Las restricciones a la capacidad de ejercicio o de hecho deben guiarse de forma estricta y taxativa por lo dispuesto en el art. 31, CCyCN, que determina la presunción general de goce de plena capacidad, y la restricción únicamente por vía judicial y con el fin de tutelar al propio afectado. El proceso de restricción debe discurrir por el medio procesal que la ley disponga y atenerse a los siguientes principios: i) información clara, suficiente y comprensible para el afectado (art. 31, inc. d]); ii) participación activa del afectado en el proceso (arts. 31, inc. e]; 35; 36); iii) tratamiento interdisciplinario de la afección que origine la necesidad de restringir la capacidad (art. 31, inc. c]), y iv) subsidiariedad en el tratamiento (art. 31, inc. f]).

El art. 32 del CCyCN establece los requisitos que de hecho deben verificarse para que proceda una restricción judicial a la capacidad de ejercicio de una persona. Así, podrá sujetarse a restricción judicial la capacidad de todo mayor de 13 años que i) padezca una adicción grave; o ii) alteración mental permanente o prolongada siempre que se estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En cualquiera de estos dos casos se debe preferir una restricción parcial a la capacidad. Por el contrario, si se trata de una persona que se encuentra absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y de expresarse, el juez puede declarar la incapacidad absoluta de ejercicio y designar un curador.

La sentencia en la que se establezca la incapacidad relativa de la persona para el ejercicio de ciertos actos y funciones debe ser específica en cuanto a la extensión de dicha limitación a la capacidad. Debe también designar los tutores o curadores que suplirán o acompañarán la voluntad del afectado conforme al art. 43 del CCyCN y cuya función es facilitar la toma de decisiones referidas a la administración de los bienes y realización de actos jurídicos en general. En el pronunciamiento judicial debe estar contenida una evaluación de tipo integral del diagnóstico y medio ambiente de la persona afectada, así como el régimen que para su protección se establece (art. 37, CCyCN). Toda medida de apoyo que el juez disponga debe tener un fundamento interdisciplinario y estar orientada a promover la autonomía y comprensión de la persona afectada (art. 43, CCyCN).

Los actos realizados por una persona afectada de incapacidad relativa o absoluta estarán sujetos al régimen de nulidades dispuesto en los arts. 44 y 45 del CCyCN. Los efectos de los actos dependerán, entonces, del momento en que fueron celebrados, de la aparente o no alteración del incapaz y de la buena o mala fe del contratante.

Por último, el CCyCN trata en su art. 48 el régimen de inhabilitación aplicable a los pródigos y otros supuestos de alteraciones más leves que

los del art. 32. El pródigo es definido como quien gestiona sus bienes con prodigalidad tal que expone a su cónyuge, conviviente o hijos menores o discapacitados a la pérdida del patrimonio. Los demás casos del art. 48 del CCyCN incluyen a quienes padecen alteraciones funcionales permanentes o prolongadas —de índole física o psíquica— que resultan en desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. En todos estos casos la evaluación debe hacerse teniendo en cuenta edad, medio social y demás circunstancias del afectado. Declarada la inhabilitación, debe nombrarse un apoyo para actos y ejercicios determinados en la correspondiente sentencia (art. 49, CCyCN).

1.4.2. Domicilio

El domicilio es el lugar físico que por ley se tiene como asiento o sede de la persona en sus relaciones jurídicas, tanto de derecho privado como público. Hace a la individualización del sujeto humano y posee importancia en la determinación de efectos jurídicos. Es siempre determinado por ley, aunque según diversos criterios que dan lugar a la clasificación de los distintos tipos de domicilio que se explican a continuación.

La ubicación física de la persona humana tendrá efectos en importantes aspectos de su vida, tales como: i) ley aplicable a sus relaciones; ii) competencia judicial en caso de verse involucrada en controversias; iii) sometimiento a determinados órganos administrativos; iv) notificaciones fehacientes; v) lugar de cumplimiento de determinadas obligaciones. El art. 78 indica que el domicilio determina la competencia de las autoridades en las relaciones jurídicas de la persona.

Según el art. 73, es el domicilio real de una persona aquel donde ésta tiene su residencia habitual y, tratándose de un profesional, el lugar donde efectivamente lleva a cabo las actividades que constituyen su modo de vida. El domicilio real es voluntario, mutable e inviolable, puesto que goza de la protección del art. 18 de la Constitución Nacional. Se modifica por la sola voluntad de la persona, pero siempre que el nuevo lugar se convierta, bien en el de residencia habitual, bien en el de desempeño efectivo de las actividades económicas o profesionales (art. 77). Si el domicilio es ignorado, se tendrá por lugar de asiento de la persona aquel en el que se encuentre o, en su defecto, el último conocido (art. 76, CCyCN).

De forma diversa, el domicilio legal (art. 74, CCyCN) es el que —tal como su nombre parece indicarlo— la propia ley aplicable presume *iure et de iure* que es el espacio físico en el que la persona puede ser ubicada en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones. El domicilio legal existe para ubicar de forma segura a ciertos individuos: i) los funcionarios públicos en el lugar de desempeño de sus funciones; ii) los militares en sus destino efectivo; iii) las personas sin hogar en el lugar en que se encontraren, y iv) los incapaces en el domicilio de sus representantes.

El domicilio especial, a diferencia de los dos anteriores, es tal para determinadas relaciones jurídicas y puede ser múltiple. Es decir, una persona puede poseer dos o más domicilios especiales, cada uno de ellos aplicable a una relación jurídica determinada. Por este motivo, también reduce sus efectos a la relación jurídica para la cual ha sido determinado. Un tipo particular de domicilio especial es el contractual al que refiere el art. 75 del CCyCN y que las partes contratantes establecen por mutuo acuerdo. La elección provoca, conforme al art. 78 del CCyCN, la prórroga de la competencia cuando ésta es fijada en razón del domicilio.

1.4.3. Nombre

El nombre es, quizás, el atributo que con mayor visibilidad contribuye a la identificación de la persona. Por ello es que está revestido de un carácter semiinmutable en atención al interés público que reviste la individualización de la persona y la necesidad de poder sostener la continuidad del sujeto a lo largo de su vida jurídica. Es por ello que poseer un nombre es un derecho, íntimamente vinculado con la protección de la dignidad y el derecho a la identidad, y utilizarlo un deber que hace al interés estatal en conservar la seguridad jurídica. Así, el art. 62 del CCyCN caracteriza al nombre como un "derecho – deber" indicando, a su vez, que este atributo está compuesto por el nombre de pila y el apellido.

La elección del nombre de pila goza de un margen de mucha libertad para los padres con las restricciones que impone el art. 63 en sus incs. b) (prohibición de inscribir: más de 3 prenombres, prenombres idénticos entre hermanos vivos; prenombres extravagantes) y c) (admisión de prenombres aborígenes). El prenombre se adquiere por la inscripción en la partida de nacimiento y es elegido por los padres o por sus representantes, en su defecto corresponde al Ministerio Público a al funcionario del Registro Civil.

En relación al apellido —que es el nombre que corresponde a la familia e identifica a una persona humana en su seno— debe ser idéntico para todos los hijos de un matrimonio, tanto en su composición como en el orden, si se optara por componerlo con el apellido de ambos progenitores. Si bien el CCyCN no es claro al respecto, es dable entender que la misma regla aplica a los distintos hijos extramatrimoniales de una misma pareja, siendo el sentido de esta disposición que todos los hermanos posean la misma denominación familiar común. Si solamente se conoce un vínculo filial extramatrimonial, el hijo o hija llevará el apellido correspondiente al progenitor conocido (art. 64, CCyCN). El apellido puede estar compuesto del apellido de uno de los progenitores o del de ambos, y la novedad del CCyCN radica en que los padres pueden optar por el orden de los apellidos, pudiendo ubicar el paterno o el materno primero (art. 64). A falta de acuerdo, se resuelve por sorteo en la dependencia administrativa.

Las personas adultas pueden modificar su nombre y apellido de dos formas: mediante una solicitud especial, conforme el art. 69 del CCyCN, o

adicionando el apellido de su cónyuge —femenino o masculino— según indica el art. 67 del CCyCN. Para que proceda el primer caso debe solicitarse ante juez competente alegando alguna de las razones que enumera el art. 69 del CCyCN y que obedecen, en líneas generales, bien al uso notorio, bien a la afectación de la personalidad o la identidad construida del sujeto en sus esferas culturales, étnicas, religiosas o de género. El proceso se rige por las disposiciones del art. 70 del CCyCN.

En la adopción el nombre se rige por lo dispuesto en el capítulo 5, título VI del Libro Segundo del CCyCN. Como principio rector, debe respetarse el prenombre del adoptado a menos que existan razones de peso que autoricen su modificación, siempre por vía judicial. El apellido seguirá las reglas aplicables a los hijos biológicos con la salvedad de que puede incluirse el apellido de origen en determinados casos en los que la percepción de la propia identidad del adoptado lo requiera (art. 68, CCyCN).

Por último, en materia de protección de este atributo de la personalidad, el art. 71 del CCyCN contempla una serie de acciones que se hacen extensivas al seudónimo o nombre artístico cuando este tuviera entidad identificatoria. Las acciones son las de i) negación del nombre; ii) cesación de uso indebido, y iii) impedimento de uso de nombre para fines de fantasía. Todas ellas deben ser iniciadas por el titular del nombre y pueden ser acompañadas de un reclamo por daños y perjuicios.

1.5. Derechos personalísimos

Es preciso no confundir a los derechos personalísimos con los atributos de la personalidad. En tanto los atributos de la personalidad han sido caracterizados como ciertas circunstancias y cualidades que son consideradas inescindibles de la persona humana, los derechos personalísimos son una manifestación de los derechos fundamentales de los que goza todo ser humano por su propia naturaleza. Se trata, en todos los casos, de derechos o potestades inherentes al ser humano y que se encuentran en la base del esquema de garantías que reconoce el ordenamiento jurídico.

Estos derechos se caracterizan por ser: i) innatos; ii) vitalicios; iii) inalienables; iv) imprescriptibles; v) absolutos, y vi) extrapatrimoniales. Aunque esta última nota no debe llevar a confusiones ya que cualquier afectación de los derechos personalísimos genera la posibilidad de reclamar judicialmente la compensación o reparación del daño. Asimismo, también son admisibles las medidas de tutela judicial preventiva que pudieren servir para evitar daños futuros.

1.5.1. Dignidad e inviolabilidad humana

El art. 51 del CCyCN establece una afirmación acerca de la esencia o forma de ser de la persona humana, declarándola inviolable y digna. Tal afir-

mación reviste un carácter indudable de declaración de principios y parece adscribir a una posición filosófica en torno al ser de la persona y su lugar en el Derecho. El alcance jurídico de una declaración de esta índole en el CCyCN cumple las veces de principio orientador y servirá de herramienta de ampliación de derechos y de creación pretoriana a medida que el cuerpo legal reformado sea aplicado.

Por inviolabilidad debe entenderse la nota de inalienabilidad de ciertos derechos y la imposibilidad de que éstos sean restringidos, condicionados o socavados con alteración de su contenido esencial por ley general o acuerdo de particulares. Definir esos derechos es propio de la hermenéutica constitucional, pero entre ellos, y con apoyo en el art. 52 del CCyCN, pueden enumerarse la vida, intimidad, honor, imagen e identidad. La referencia a la dignidad de la persona humana supone la positivación de los postulados que constituyen los principios fundamentales del orden jurídico-político y que define la esencia misma del Estado de derecho. Es un presupuesto ontológico y moral del régimen constitucional y es un contenido de la ética pública con vocación de convertirse en moralidad legalizada. En definitiva, hablar de dignidad humana implica referirse a una naturaleza del hombre que lo sitúa por fuera del resto de la realidad. Los derechos inviolables les son reconocidos al hombre y a la mujer en virtud de su dignidad inherente y en pro del libre desarrollo de su personalidad.

La dignidad de la persona se manifiesta en dos vertientes: en la autonomía del individuo y en su relación con terceros. La autonomía exige que los derechos sean respetados en toda circunstancia vital del sujeto y la faceta relacional señala el respeto debido en la relación con terceros. La dignidad implica una barrera infranqueable tanto a las acciones del Estado como de los particulares, un mínimo que todo estatuto jurídico debe respetar y asegurar.

1.5.2. Derecho a la imagen

El art. 53 del CCyCN refiere a la disposición que una persona puede efectuar sobre su imagen o voz y la posibilidad de reproducción de cualquiera de estos elementos en los diversos formatos que la ciencia y el arte permiten. El derecho sobre la propia imagen es derivado del derecho más amplio a la intimidad que reconoce el art. 19 de la Constitución Nacional.

La aplicación más evidente del derecho a disponer de la propia imagen es la posibilidad de toda persona de decidir si participar o no en un medio gráfico y en una publicidad. La sola reproducción de la imagen de una persona con fines lucrativos debe quedar sujeta a la expresa aprobación del titular. Es decir, la persona es libre de comercializar los derechos patrimoniales sobre su imagen como de decidir excluirlos del intercambio. Si una persona otorga el consentimiento a la reproducción de su imagen, tal consentimiento se reputa concedido únicamente para el fin específico. Todo uso no con-

sentido de una imagen genera el derecho a reclamar los correspondientes daños y perjuicios. Lo anterior se aplica a las reproducciones de voz.

El propio art. 53 del CCyCN establece las excepciones en las cuales no es preciso recabar el consentimiento: i) imágenes obtenidas en contexto de actos públicos; ii) interés científico, cultural o educacional prioritarios siempre que no se deriven mayores daños; iii) ejercicio regular del derecho a la información sobre acontecimientos de interés general. La razón detrás de estas excepciones es la ausencia de ganancia económica derivada de la reproducción de una imagen, por un lado, y la colisión con el interés general, por otro.

1.5.3. Disposición sobre el propio cuerpo. Consentimiento informado y directivas anticipadas

Los arts. 56 a 60 del CCyCN tratan las delicadas cuestiones referidas al derecho de disposición sobre el propio cuerpo y aspectos vinculados, tales como el derecho a rehusar tratamientos médicos, ablación y donación de órganos y consentimiento informado. Todas se refieren a las elecciones voluntarias que caben a una persona sobre su integridad física, derivadas del derecho a la autodeterminación y la inviolabilidad y dignidad de la persona humana. Encuentran un límite en la moral, la ley o las buenas costumbres y el principio de no lesividad. Este último se refiere a la prohibición de la autolesión amparada por ley a menos que ésta se encuentre orientada a un mejoramiento de la salud de la persona entendida en un sentido integral (art. 56, CCyCN). Ejemplo típico de ello es una operación de cambio de sexo en la que existirá ablación de órganos genitales externos, pero que se encuentra orientada a reconducir el género aparente con el psíquicamente vivido por el sujeto. También la donación de órganos entre vivos que permite la ley 26.066.

Como regla general, toda intervención médica sobre el cuerpo de un paciente debe regirse por las reglas contenidas en el art. 59 del CCyCN. Es decir, debe consentirse libremente a todo acto médico o investigación sobre la propia salud. La libertad en el consentimiento está dada por gozar de hecho de la información y evaluación que marcan las pautas de los incs. a) a h) del art. 59 del CCyCN. El consentimiento deber ser brindado por el paciente afectado a menos que se encuentre en situación de imposibilidad de emitir la correspondiente manifestación de voluntad. En este último caso, la decisión recae sobre el representante legal, cónyuge, familiar más cercano o acompañante y cuando la urgencia de la situación lo requiera. El art. 60 del CCyCN prevé la posibilidad de que una persona, considerando un hipotético escenario de riesgo en el cual no pueda manifestar su decisión, anticipadamente deje asentadas las directivas que orientarán el accionar médico así como la persona que podrá tomar decisiones sobre la salud y el cuerpo propios. No pueden emitirse, válidamente, directivas de corte eutanásico.

Los arts. 57 y 58 del CCyCN se refieren a la investigación médica sobre el cuerpo humano: el primero en materia de embriones y el segundo en humanos adultos. El art. 57 del CCyCN prohíbe alteraciones que modifiquen la genética del embrión y se transmitan a su descendencia. No obstante, y considerando que el embrión es persona conforme al art. 19 del CCyCN, solamente deberán tenerse por lícitas las modificaciones destinadas a remediar alteraciones peligrosas para la salud y orientadas por un fin paliativo, tengan o no efectos sobre la descendencia.

La investigación sobre seres humanos adultos es permitida por el art. 58 del CCyCN siempre que se cumpla con el principio elemental de libertad en la participación y plena información de los beneficios, riesgos y probabilidades de éxito que conlleva. Esta experimentación se refiere tanto a los programas a escala que llevan adelante laboratorios e instituciones médicas como a los tratamientos en fase experimental a los que un paciente decida someterse en la búsqueda de una potencial cura a un padecimiento de salud.

1.5.4. Exequias. Cadáver

El art. 61 del CCyCN se ocupa de la capacidad de toda persona de disponer de los ritos fúnebres que habrán de brindársele luego de su fallecimiento. Las decisiones de este tenor solamente están sujetas a los límites de la moral y las buenas costumbres, así como derechos de terceros. También puede válidamente disponerse del propio material cadavérico para fines de investigación, pedagógicos, terapéuticos y similares. En ausencia de directivas expresas al respecto, la decisión sobre las exequias y material cadavérico corresponde al cónyuge, al conviviente o a los parientes según el orden sucesorio.

2. Persona jurídica

2.1. La teoría general de la persona jurídica en el Código Civil y Comercial. Normas aplicables y su armonización con la ley de sociedades

La persona jurídica es un sujeto de derecho de existencia ideal. A diferencia de lo que ocurre con las personas humanas, es un sujeto carente de existencia física. Esto ha llevado a que la personería de estas entidades se justificara por parte de la doctrina con la denominada teoría de la ficción. Esa teoría sostiene que es precisamente el ordenamiento legal el que reconoce a determinados actos jurídicos la virtualidad de dar vida a un sujeto de derecho distinto de las personas que lo otorgan. Merced a esa ficción legal, aparecen en la comunidad las personas jurídicas como actores fundamentales. Son, al igual que las personas humanas, sujetos de derecho dotados de los atributos propios de la personalidad, y por ende, con capacidad para

celebrar actos jurídicos, adquiriendo derechos y contrayendo obligaciones. No obstante, esta teoría no ha estado libre de detractores que propugnaban teorías negatorias de la personalidad jurídica, o teorías alternativas como la organicista o la de la institución[5].

Así como ha resultado complicado para la doctrina explicar la existencia de estos entes ideales, tampoco ha sido sencillo justificar el mecanismo por el cual adoptan y exteriorizan su voluntad, relacionándose con terceros y celebrando actos que producen efectos jurídicos. Ha cobrado en este punto particular importancia la denominada "teoría del órgano". Esta teoría afirma que a través de la actuación de sus órganos, la persona jurídica celebra los actos jurídicos en nombre propio[6]. De esta manera, se sostiene que mediante el "organicismo" se regula la imputabilidad de los actos a la persona jurídica en cuanto sujeto de derecho autónomo.

En lo que respecta a la normativa aplicable a las personas jurídicas constituidas en el país, debe estarse al siguiente orden de prelación normativa: i) las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, del CCyCN; ii) las normas del acto constitutivo, incluido el estatuto, con sus modificaciones y los reglamentos, y iii) las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, las normas del título II, sección 3, del Libro I del CCyCN (art. 150). Entre tales leyes especiales debe estacarse a la Ley General de Sociedades 19.550, cuyas disposiciones podrán ser eventualmente aplicadas, con carácter supletorio, a otras personas jurídicas privadas en temas no expresamente regulados en relación a las mismas. Asimismo, las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la Ley General de Sociedades (art. 150).

2.2. Personalidad. Inoponibilidad (arts. 141 a 144)

2.2.1. Definición

Desde una perspectiva legal, el CCyCN establece en el art. 141 que "son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación". Tal como se advierte del enunciado transcripto, el CCyCN define a las personas jurídicas a partir de la capacidad que les confiere el ordenamiento jurídico para adquirir derechos y contraer obligaciones. La norma, sin embargo, asocia esa capacidad al objeto consignado en su acto de constitución y a la finalidad de su creación. No obstante, esa disposición no significa afirmar que la persona jurídica no pueda realizar actos jurídicos que no encuadren bajo el objeto

---

(5) A mayor abundamiento, véase Borda, Guillermo A, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, ps. 511 a 524.

(6) Richard, Hugo E. - Muiño, Orlando M., *Derecho societario*, Astrea, Buenos aires, 2000, ps., 213 y 214.

de la entidad. Así, no es preciso que una persona jurídica sea una sociedad con objeto exclusivo de inversión para realizar una operación de depósito de dinero a plazo fijo, o que tenga un objeto inmobiliario para adquirir o vender un inmueble. Estos casos ejemplifican actos que si bien no encuadran directamente en el objeto de la entidad, pueden tener relación con éste. Puede también advertirse que el ordenamiento reconoce a las personas jurídicas la capacidad de constituir fundaciones (art. 193), aun cuando dicho acto no se encuentre previsto en su objeto.

A partir de lo señalado, y de la interpretación que se propone del art. 58 de la Ley General de Sociedades, puede concluirse que las personas jurídicas cuentan con capacidad para ejecutar: i) actos comprendidos en su objeto; ii) actos ajenos a su objeto, pero conexos a estos o necesarios para preservar sus bienes, y iii) aun actos notoriamente extraños a su objeto en la medida en que cuenten con las aprobaciones previas pertinentes de los órganos de administración y gobierno, según sea el caso, y no sean contrarios a la ley(7). Se verá asimismo más adelante que el objeto cumple una función de importancia en orden a la determinación de posibles responsabilidades de los integrantes del órgano de administración.

2.2.2. Comienzo de la existencia

Las personas jurídicas tienen origen en un acto jurídico, que según la persona jurídica de que se trate, podrá ser unilateral o multilateral. En efecto, toda persona jurídica tiene como sustrato un acto constitutivo que debe otorgarse por escrito y de conformidad a las formalidades prescriptas al efecto.

En lo que respecta a las personas jurídicas privadas, el art. 142 establece que su existencia comienza "desde su constitución", agregando esa norma que "no necesita autorización legal para funcionar, excepto disposición legal en contrario", y que "en los casos en que se requiere autorización estatal, la persona jurídica no puede funcionar antes de obtenerla". Esta última salvedad aplica a las fundaciones que requieren autorización previa para funcionar (art. 193, 2° párr.). Otro caso que merece una mención especial es el de las asociaciones civiles. Si bien estas entidades requieren autorización estatal para funcionar como tales, el ordenamiento jurídico les reconoce su existencia, y por ende su personalidad, como "simples asociaciones" desde el otorgamiento del acto constitutivo. Consecuentemente, desde su consti-

---

(7) En la misma línea de razonamiento, destacada doctrina sostuvo: "el solo carácter de sujeto de derecho de la sociedad le confiere genérica y completa capacidad de derecho, facultándola a realizar cualquier clase de actos sin más limitaciones que las prohibiciones legales y contractuales. Pero sobre éstas es preciso destacar, con nitidez, que si bien las legales no pueden ser dejadas sin efecto, sí pueden serlo las contractuales, y ello mediante una nueva convención" (Manóvil, Rafael M., "Actos que exceden el objeto social en el derecho argentino", RDCO, año 11, 1978, p. 1047).

tución hasta la obtención de la autorización estatal se rigen por los arts. 187 a 192 del CCyCN (art. 169).

Por su parte, el art. 147 del CCyCN se refiere al comienzo de la existencia y reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas jurídicas públicas. Dicha norma prescribe que esas cuestiones se rigen por “las leyes y ordenamientos de su constitución”.

2.2.3. Personalidad diferenciada

Conforme fuera señalado, la regla es que una vez otorgado el acto constitutivo correspondiente, comienza la existencia de la persona jurídica privada (art. 142). Ello importa el reconocimiento de la existencia de un nuevo sujeto de derecho independiente de los miembros que le dieron origen mediante el otorgamiento del acto constitutivo (conf. art. 143, 1er párr.). En mérito de ello, se advierte que del nacimiento de este nuevo sujeto de derecho, se desprenden los siguientes efectos: i) la separación del patrimonio del ente ideal, de los patrimonios personales de sus socios o miembros, ii) la separación de los derechos y obligaciones de la persona jurídica, de los derechos y obligaciones de sus socios o miembros y iii) la consecuente falta de responsabilidad de los socios o miembros de la persona jurídica por las obligaciones y responsabilidades de ésta, con la salvedad de ciertas excepciones legales (art. 143).

Una excepción legal a la regla, en virtud de la cual los socios o miembros de la persona jurídica no responden por las obligaciones de aquélla, consiste en el régimen de inoponibilidad de la personalidad jurídica previsto en el art. 144 del CCyCN. Dicha norma, en forma concordante con lo establecido en el art. 54, tercer párrafo de la Ley General de Sociedades, prevé la posibilidad de correr el velo de la entidad, imputando las obligaciones y responsabilidades asumidas por la persona jurídica directamente a sus socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos —según el tipo de entidad de que se trate—, y siempre y cuando se cumplan los presupuestos legales(8). En ese caso, tales personas deberán responder solidaria e ilimitadamente con la persona jurídica por los perjuicios causados.

No debe perderse de vista que la personalidad diferenciada que asiste a toda persona jurídica es la regla, y que la inoponibilidad a terceros de la personalidad jurídica es excepcional y de interpretación restrictiva. En esa tesitura, el corrimiento del velo de la personalidad jurídica a los fines de la imputación directa de obligaciones o responsabilidades asumidas por ésta

---

(8) Cabe precisar, sin embargo, que el régimen de inoponibilidad de la persona jurídica no resulta aplicable a las personas jurídicas públicas. A mayor abundamiento, véase García Villalonga, Julio C., “Inoponibilidad de la personalidad jurídica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: Sujetos comprendidos”; *www.dpicuantico.com*.

a sus socios o miembros, únicamente ha de proceder en la medida en que se acredite alguna de las siguientes conductas:

i) una actuación de la persona jurídica destinada a la consecución de fines ajenos a ésta, o

ii) que esa persona jurídica o su actuación, sean utilizadas como un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona.

De lo señalado se desprende, asimismo, la presencia necesaria de un elemento subjetivo: el dolo de los socios o miembros de la persona jurídica, consistente en la intención deliberada de ejecutar las acciones señaladas precedentemente. En efecto, las conductas descriptas denotan una ejecución intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (art. 1724, *in fine*), de la cual se derivan perjuicios a la entidad o terceros. La aplicación de este instituto debe dejar a salvo asimismo los derechos de los terceros de buena fe, y no obsta las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados (art. 144, *in fine*).

Finalmente, corresponde destacar que si bien el régimen de inoponibilidad de la personalidad jurídica adoptado por el CCyCN, es similar al previsto en el art. 54, tercer párrafo de la Ley General de Sociedades, esta última exige, respecto de la conducta indicada en el punto i), que la actuación de la sociedad "encubra la consecución de fines extrasocietarios". En cambio, el art. 144 del CCyCN solamente exige que la actuación de la entidad esté destinada a la consecución de fines ajenos a ésta, sin la necesidad del encubrimiento de esa conducta.

2.3. Atributos de la personalidad

2.3.1. Nombre

El art. 151 del CCyCN establece: "la persona jurídica debe tener un nombre que la identifique como tal, con el aditamento indicativo de la forma jurídica adoptada". En efecto, toda persona jurídica tiene un nombre o denominación por el cual se la conoce e identifica. Ello permite distinguirla de otras entidades. De acuerdo con la citada norma el nombre debe:

a) Satisfacer el recaudo de veracidad. Esta exigencia persigue que el nombre elegido no induzca a confusiones a terceros, principalmente, en lo que respecta a su actividad.

b) Ser novedoso. Con este requisito se pretende evitar supuestos de homonimia. Cabe precisar que la exigencia de la novedad no ha de entenderse limitada a los nombres de las personas jurídicas en sí, sino también respecto

de marcas, nombres de fantasía u otras formas de referencia a bienes o servicios, aunque no se relacionen con el objeto de la persona jurídica[9].

c) Tener aptitud distintiva. El nombre no debe ser confundible con otros. En efecto, más allá de los casos de homonimia, se pretende evitar que presente una similitud visual o fonética con otros, dado que esas circunstancias también pueden generar confusión con otras entidades.

d) No puede contener términos o expresiones contrarios a la ley, el orden público o las buenas costumbres ni inducir a error sobre la clase u objeto de la persona jurídica. Este requisito procura, por un lado, evitar la existencia de palabras o expresiones impropias en la denominación, y por otro, que la denominación denote actividades que no se correspondan con el objeto de la entidad, o que de alguna manera induzcan a error a terceros.

e) No puede contener el nombre de personas humanas si no cuenta con su conformidad. Esta previsión protege al nombre de la persona humana como atributo de su personalidad. No obstante, en caso de que el nombre de la persona jurídica contenga el nombre de una persona humana que sea miembro de la entidad, se presume que ésta prestó su consentimiento (art. 151, *in fine*).

f) Ser integrado con el aditamento que indique la forma jurídica adoptada. En efecto, más allá del nombre elegido, debe especificarse de qué clase de persona jurídica se trata. Así, a modo de ejemplo, puede señalarse que si se trata de una sociedad anónima, deberá agregar a su denominación las siglas “SA”; si fuera una sociedad de responsabilidad limitada, las siglas “SRL”, o si se tratara de una fundación, deberá contener ese término integrado a su nombre.

g) Indicar si se encuentra en liquidación. Finalmente, se exige que si se trata de una entidad que ha iniciado el proceso de liquidación, se aclare esa circunstancia a continuación de la forma jurídica adoptada. Este requerimiento se cumple agregando el aditamento “en liquidación”. La finalidad de esta exigencia es que los terceros que se vinculen a la entidad tomen conocimiento de que la entidad ha iniciado el procedimiento tendiente a la

(9) El control del cumplimiento de esta exigencia no está exenta de complicaciones. En efecto, si bien los Registros Públicos de Comercio rechazan la inscripción de personas jurídicas o cambios de nombre, cuando verifican la existencia de homonimia con el nombre de otras entidades registradas, estos Registros son locales, y por lo tanto, no pueden realizar un control con alcance nacional. No existe un registro único de nombres de personas jurídicas a nivel nacional, por lo que ese control termina siendo limitado a las entidades registradas en cada jurisdicción. Es por ello que es frecuente encontrar casos de homonimia por el simple hecho de que se trata de personas jurídicas registradas en Registros Públicos de Comercio de diferentes jurisdicciones. Tampoco resulta sencillo a la autoridad de control verificar que un nombre no coincida con una marca, independientemente de que ésta haya sido registrada.

realización de su activo y cancelación de su pasivo, proceso que habrá de finalizar con la vida de la persona jurídica.

2.3.2. Domicilio y sede social

a) *Domicilio y sede social*. En lo que respecta a este atributo de la personalidad, corresponde distinguir, en lo que a personas jurídicas se refiere, los conceptos de "domicilio" y "sede social". Así, puede precisarse que el domicilio es la jurisdicción en la cual la persona jurídica tiene su asiento, mientras que la sede social es la dirección de la entidad, que debe ser fijada dentro de la jurisdicción de su domicilio.

b) *Cambio de domicilio y de sede social*. El domicilio debe estar fijado en el estatuto de la persona jurídica, o bien, en la autorización que se le otorga para funcionar, según sea el caso (art. 152). Es por ello que la modificación del domicilio importa la reforma del estatuto. En cambio, la sede social puede ser cambiada, dentro de la jurisdicción del domicilio de la entidad, por decisión del órgano de administración, siempre y cuando la misma no haya sido fijada en el estatuto.

c) *Notificaciones*. El ordenamiento legal considera válidas y vinculantes todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta de la persona jurídica (art. 153). En los casos de las personas jurídicas que poseen muchos establecimientos o sucursales, se entiende que poseen domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos sólo para la ejecución de las obligaciones allí contraídas (art. 152).

2.3.3. Patrimonio

El patrimonio es "el conjunto de bienes de una persona"[10]. Consiste en una universalidad jurídica integrada por el conjunto de los derechos y obligaciones susceptibles de apreciación pecuniaria de una persona. Es por ello que el mismo es determinado a partir de la diferencia entre su activo y su pasivo. Toda persona jurídica debe tener un patrimonio (art. 154), que le permita llevar a cabo las actividades comprendidas en su objeto. El ordenamiento legal establece disposiciones específicas, respecto de cada persona jurídica privada, en orden a la integración inicial de su patrimonio y a su mantenimiento. El patrimonio inicial se constituye con los aportes iniciales de los socios o miembros de la entidad. El mismo variará posteriormente en función de las erogaciones o ganancias que obtenga la persona jurídica y de futuros aportes de sus socios, miembros o terceros, según sea el caso.

---

(10) En efecto, si bien el CCyCN no lo define, así se encontraba definido en el art. 2312 del derogado Código Civil.

Es preciso señalar que integran el patrimonio los bienes conforme al alcance que el CCyCN le confiere a dicho término (véase punto 3 de este capítulo: "Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva"). Por lo tanto, el patrimonio de la entidad puede estar integrado por una variedad de bienes, tales como dinero en efectivo, inmuebles, cosas muebles, derechos creditorios, intangibles, o títulos de crédito, entre otros, siendo ésta una enumeración meramente ejemplificativa. En el caso de los bienes registrables, se admite que los mismos sean inscriptos preventivamente a nombre de la persona jurídica que se encuentra en formación (art. 154, 2° párr.).

Finalmente, cabe destacar que el agotamiento de los bienes destinados a sostener el desarrollo de las actividades de la persona jurídica constituye una causal de disolución de la entidad (art. 163, inc.i]).

2.3.4. Duración

Excepto que la ley o el estatuto de la persona jurídica establezca lo contrario, la regla es que la duración de la persona jurídica es ilimitada en el tiempo (art. 155). Si el estatuto establece un plazo de duración, su vencimiento es causal de disolución de la entidad, salvo prórroga o reconducción de la misma (arts. 163, inc. d]; 165 y 166).

2.3.5. Objeto

El objeto de la persona jurídica está constituido por los actos o categoría de actos previstos en el estatuto de la entidad como medio para alcanzar los fines para los cuales fue creada. Así, en el caso de las sociedades comerciales, integrarán el objeto aquellas actividades a través de las cuales la entidad procurará obtener ganancias (*i.e.*, actividades financieras, explotación de hidrocarburos, actividades agrícola-ganaderas, entre otras). Se exige que el objeto de la persona jurídica sea preciso y determinado (art. 156).

El objeto, en cuanto determina la categoría de actos previstos en el estatuto que la persona jurídica puede realizar para alcanzar los fines de su constitución, cumple un rol fundamental en orden a la eventual determinación de la responsabilidad de los administradores de la persona jurídica por los daños causados a ésta. Ello obedece a que en caso de que éstos hubieran realizado actos no comprendidos en el objeto de la entidad que no fueran debidamente justificados, o actos notoriamente extraños a dicho objeto que no contaran con las autorizaciones correspondientes del órgano de gobierno, serán responsables por los daños ocasionados. Esta interpretación se desprende del art. 58 de la Ley General de Sociedades, conforme al cual, los actos otorgados por los representantes de la entidad de conformidad a la ley y al estatuto, que no sean notoriamente extraños a su objeto, se atribuyen a la persona jurídica.

2.4. Funcionamiento

Las normas de funcionamiento de las personas jurídicas se encuentran reguladas en el estatuto de la entidad que se aprueba en oportunidad del otorgamiento del acto constitutivo. Las normas estatutarias deben ajustarse a las normas legales relativas a la persona jurídica de que se trata. Ese control es efectuado por la autoridad de contralor al ordenar la inscripción registral del acto constitutivo con el estatuto original, o bien, las reformas estatutarias que se resuelvan.

El estatuto puede ser modificado conforme al procedimiento y requisitos que el mismo y la ley establezcan (art. 157). La modificación del estatuto produce efectos desde la fecha de la adopción de la decisión que así lo resuelve, aunque se requiera su inscripción registral a los fines de su oponibilidad a terceros (art. 157). En lo atinente al funcionamiento de la entidad, el estatuto debe contener normas mediante las cuales se regulen el funcionamiento de los órganos de gobierno, administración y fiscalización interna, en los casos en los que esta última sea exigida por ley (art. 158). También debe contener normas relativas a la representación de la entidad, destino de las utilidades y procedimiento para su reforma, entre otras cuestiones.

Seguidamente se realizará una breve referencia a las previsiones en materia de gobierno y administración de las personas jurídicas:

a) Gobierno

El órgano de gobierno es el encargado de la adopción de las decisiones más trascendentales en la vida de la persona jurídica. En efecto, es competencia de dicho órgano, entre otras cuestiones, la designación de los integrantes de los órganos de administración y fiscalización, la aprobación de la gestión de los integrantes de dichos órganos, la reforma del estatuto social, la aprobación de reorganizaciones de la entidad tales como su transformación, fusión o escisión (art. 162), o la disolución anticipada de la entidad, etc. Es el encargado asimismo de aprobar los estados contables de la entidad, previamente elaborados y aprobados por el órgano de administración. Es importante destacar que, aun a falta de regulaciones expresas en el estatuto, el art. 158 habilita que las reuniones de la asamblea u órgano de gobierno de todas las personas jurídicas privadas puedan celebrarse en las siguientes condiciones:

i) a distancia, ya sea por videoconferencia u otro método que permita la comunicación simultánea de los integrantes del órgano, en la medida en que a) todos ellos lo consientan y b) el acta de la reunión sea suscripta por el presidente y otro administrador, indicándose la modalidad adoptada y conservándose las constancias de acuerdo con el método que se haya adoptado; y

ii) en carácter de “autoconvocadas”, es decir, prescindiendo de una citación previa del órgano de administración, en la medida en que concurran todos a dicha reunión y el temario a tratar sea aprobado por unanimidad.

b) Administración

El órgano de administración es el encargado de ejecutar las actividades comprendidas en el objeto de la persona jurídica. El CCyCN regula las siguientes cuestiones que resultan de aplicación a los integrantes de los órganos de administración de toda persona jurídica privada:

b.1) Deberes de los administradores

i) *Obrar con lealtad y diligencia (art. 159).* El deber de obrar con lealtad y diligencia exige a los administradores resguardar los intereses de la entidad para la cual se desempeñan, obrando a esos efectos con la pericia y prudencia que cada acto amerita, según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Constituye un *standard* de conducta conforme al cual se valorará su actuación para determinar su posible responsabilidad, puesto que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias (art. 1725).

ii) *Abstenerse de perseguir o favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica (art. 159).* Los administradores deben priorizar los intereses de la persona jurídica para la cual se desempeñan y abstenerse de anteponer intereses propios o de terceros, o que de alguna manera perjudiquen la finalidad de la entidad. En caso de que en alguna operación tuvieran intereses contrarios a los de la entidad, deben hacerlo saber a los demás miembros del órgano de administración o en su caso al órgano de gobierno, y abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha operación (art. 159). A fin de evitar posibles conflictos de intereses entre los miembros del órgano de administración y la persona jurídica, se exige a los primeros implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan tales conflictos en sus relaciones con la persona jurídica (art. 159).

b.2) Responsabilidad de los administradores

Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones ya sea por acción o por omisión (art. 160). Se trata de una responsabilidad subjetiva que les debe ser imputable a título de culpa. Aunque la norma del art. 160 no lo establece expresamente, son asimismo responsables por los daños ocasionados con su actuar doloso (art. 1724, *in fine*) por ser éste un factor de atribución de responsabilidad que merece mayor reproche que la culpa.

2.5. Fin de la existencia

El art. 163 del CCyCN enumera las causales de disolución de las personas jurídicas. Cabe precisar, sin embargo, que la verificación de una causal de disolución no determina el fin de la existencia de la persona jurídica. En efecto, las causales de disolución que se enumerarán a continuación son

eventos que han de determinar el inicio de un proceso de liquidación, con excepción de los casos en que la persona jurídica se disuelve sin liquidarse (*i.e.*, sociedad absorbida en una fusión o sociedad que se escinde destinando la totalidad de su patrimonio a la constitución de nuevas entidades o a fusionarse con otras).

El proceso de liquidación tiene por objeto la realización del activo de la entidad y la cancelación de su pasivo (art. 167). Durante el proceso de liquidación, la persona jurídica conserva su personalidad a efectos de realizar su activo para cancelar su pasivo, debiendo actuar con el aditamento "en liquidación". Finalizado ese proceso, el órgano de gobierno debe aprobar el balance final de liquidación y la cancelación registral de la entidad. Una vez inscripta la cancelación registral en el Registro Público de Comercio, la persona jurídica dejó de existir.

Las causales de disolución de la persona jurídica son las siguientes:

a) *La decisión de sus miembros*. Toda persona jurídica nace de un acto de voluntad que le da origen, exteriorizado en el acto constitutivo. De la misma manera, un acto de voluntad de sus miembros puede ponerle fin. Así, por ejemplo, en las sociedades bien pueden sus socios, que decidieron constituirla, decidir ponerle fin a su existencia (art. 94, inc. 1°, Ley General de Sociedades). La decisión debe ser adoptada por el órgano de gobierno por unanimidad o por la mayoría establecida por el estatuto o disposición especial. Algunas entidades, tales como las fundaciones, tienen un régimen específico al cual deberá ajustarse la resolución (arts. 216 y 217).

b) *Cumplimiento de la condición resolutoria*. Como todo acto jurídico, el acto constitutivo de una persona jurídica puede estar sujeto a una condición (arts. 343 y concs.). Así, si hubiera una condición resolutoria a la que el acto constitutivo subordinó su existencia, su cumplimiento configurará una causal de disolución de la entidad.

c) *Consecución del objeto*. Siendo que toda persona jurídica debe tener un objeto (art. 156), la consecución del objeto para el cual la persona jurídica se formó, o la imposibilidad sobreviviente de cumplirlo, constituye una causal de disolución. No obstante, ello bien podría evitarse mediante la modificación del objeto de la entidad.

d) *Vencimiento del plazo*. Si la persona jurídica tiene un plazo de duración establecido en su estatuto, el cumplimiento de ese plazo constituye una causal de disolución. Esta causal de disolución, sin embargo, no se configura si se resuelve la prórroga (art. 165) o la reconducción (art. 166) de la persona jurídica. La prórroga debe ser decidida por el órgano de gobierno antes del vencimiento del plazo. En cambio, si el plazo se encontrara ya vencido, únicamente podrá evitarse la disolución si dicho órgano resolviera la reconducción antes de que finalice la liquidación.

e) *Declaración de quiebra*. La declaración judicial de la quiebra de la persona jurídica determina su disolución de pleno derecho. No obstante,

la disolución queda sin efecto si la quiebra concluye por avenimiento, si el trámite se convierte en concurso preventivo, o si la ley especial prevé un régimen distinto.

f) *Fusión o escisión*: También se disuelven, pero sin liquidarse: i) las personas jurídicas que se fusionan para dar origen a una nueva entidad; ii) la persona o personas jurídicas cuyo patrimonio es absorbido por otra persona jurídica en una fusión "por absorción", y iii) la persona jurídica que se escinde, destinando la totalidad de su patrimonio a la constitución de otras entidades o fusión con otras entidades. Cabe precisar que en estos casos no se verifica liquidación de las entidades disueltas, por cuanto la transferencia de los patrimonios de las entidades que se disuelven comprenden la transferencia de las obligaciones asumidas.

g) *Reducción a uno del número de miembros*. En los casos en que la ley especial exige pluralidad de miembros, la reducción de éstos a uno configura una causal de disolución, a menos que aquélla sea restablecida dentro de los tres meses. En el caso de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, puede precisarse que la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución por cuanto se prevé su transformación de pleno derecho en sociedad anónima unipersonal, a menos que se adoptara otra decisión en el término de tres meses (art. 94 bis, Ley General de Sociedades).

h) *Denegatoria o revocación firmes de la autorización estatal para funcionar*. Esta causal de disolución aplica a las entidades que, para la ejecución de sus actividades, precisan contar con autorización estatal (*i.e.*, entidades financieras, compañías de seguros, sociedades de capitalización y ahorro para fines determinados). Dicha resolución debe fundarse en la comisión de actos graves que importen la violación de la ley, el estatuto y el reglamento, y disponerse por resolución fundada conforme a un procedimiento reglado que garantice el derecho de defensa de la persona jurídica (art. 164).

i) *Agotamiento de los bienes destinados a sostenerla*. Toda persona jurídica debe tener un patrimonio que le permita llevar a cabo su objeto (art. 154). Consecuentemente, la insuficiencia de bienes al efecto constituye una causal de disolución.

j) *Cualquier otra causa prevista en el estatuto*. Por imperio de la autonomía de la voluntad de quienes concurren al otorgamiento del acto constitutivo de una persona jurídica, es factible la inclusión en su estatuto de causales de disolución adicionales a las previstas legalmente.

2.6. Clasificación, persona jurídica privada (arts. 145 a 167)

Las personas jurídicas pueden ser públicas o privadas (art. 145). El CCyCN se limita a enumerar unas y otras sin proporcionar una definición de cada categoría. No obstante, se advierte de la enumeración efectuada que

las personas jurídicas públicas son los Estados —nacional, provincial, municipal o extranjeros— y las entidades a las cuales se les reconoce carácter público en el ordenamiento legal local o internacional. En efecto, el CCyCN establece que las personas jurídicas públicas se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución (art. 147). En cambio, son personas jurídicas privadas las constituidas por particulares. El hecho de que alguna persona jurídica pública adquiera participación en personas jurídicas privadas no modifica su carácter privado, sin perjuicio de que la ley o el estatuto le confieran a la persona jurídica pública derechos y obligaciones diferenciados atendiendo a la existencia del interés público comprometido en dicha participación (art. 149). Seguidamente se expone la clasificación del CCyCN.

- Personas Jurídicas
  - Públicas (art. 146)
    - Estado nacional
    - Provincias
    - Ciudad Autónoma de Buenos Aires
    - Municipios
    - Entidades autárquicas
    - Demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter
    - Estados extranjeros
    - Organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica
    - Toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable
    - Iglesia Católica
  - Privadas (art. 148)
    - Sociedades
    - Asociaciones civiles
    - Simples asociaciones
    - Fundaciones
    - Iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas
    - Mutuales
    - Cooperativas
    - Consorcios de propiedad horizontal
    - Toda otra contemplada en disposiciones del CCyCN o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento

2.7. Asociaciones civiles (arts. 168 a 192)

2.7.1. Definición

Las asociaciones civiles son personas jurídicas privadas sin fines de lucro. La ausencia de fin de lucro significa que estas entidades no pueden perseguirlo como fin principal, ni pueden tenerlo por fin para sus miembros o terceros (art. 168, *in fine*). En otras palabras, las asociaciones civiles pueden realizar actividades lucrativas, en la medida en que las ganancias obtenidas sean reinvertidas en el cumplimiento del objeto de la asociación; pero, a diferencia de lo que acontece en las sociedades, éstas nunca pueden ser repartidas entre los asociados. El objeto de las asociaciones no debe ser contrario al interés general o al bien común (art. 168), debiendo ser el interés general interpretado "dentro del respeto a las diversas identidades, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, políticas o étnicas que no vulneren los valores constitucionales" (art 168).

2.7.2. Comienzo de la existencia: Acto constitutivo y autorización

La asociación civil debe ser constituida por instrumento público (art. 169). Quienes concurren al otorgamiento del acto constitutivo de la entidad revisten el carácter de asociados. Las asociaciones civiles requieren autorización para funcionar (art. 174). Una vez obtenida dicha autorización, el acto constitutivo debe ser inscripto en el Registro Público de Comercio correspondiente a la jurisdicción de la entidad. Si bien el reconocimiento de la asociación civil como persona jurídica se obtiene con la mencionada autorización para funcionar (art. 169), cabe precisar que desde la fecha de otorgamiento del acto constitutivo de la asociación hasta la obtención de la autorización para funcionar, la asociación existe como persona jurídica pero en carácter de "simple asociación" (arts. 169 y 187 a 192). Recién una vez obtenida la autorización para funcionar adquirirá el carácter de "asociación civil".

A los efectos de su aprobación por la autoridad de contralor, y posterior inscripción registral, el acto constitutivo de la asociación civil debe contener: i) la identificación de los constituyentes; ii) el nombre de la asociación con el aditamento "Asociación Civil" antepuesto o pospuesto; iii) el objeto; iv) el domicilio social; v) el plazo de duración o si la asociación es a perpetuidad; vi) las causales de disolución; vii) las contribuciones que conforman el patrimonio inicial de la asociación civil y el valor que se les asigna, con indicación de si los aportes son efectuados en propiedad o en uso y goce; viii) el régimen de administración y representación; ix) la fecha de cierre del ejercicio económico anual; x) en su caso, las clases o categorías de asociados, y prerrogativas y deberes de cada una; xi) el régimen de ingreso, admisión, renuncia, sanciones disciplinarias, exclusión de asociados y recursos contra las decisiones; xii) los órganos sociales de gobierno (asamblea), ad-

ministración (comisión directiva) y representación, y fiscalización interna, regulándose su composición, requisitos de integración, duración de sus integrantes, competencias, funciones, atribuciones y funcionamiento en cuanto a convocatoria, constitución, deliberación, decisiones y documentación; xiii) el procedimiento de liquidación; y xiv) el destino de los bienes después de la liquidación, pudiendo atribuirlos a una entidad de bien común, pública o privada, que no tenga fin de lucro y que esté domiciliada en la República (art. 170).

2.7.3. Órganos de la asociación civil

2.7.3.1. Administración

a) La comisión directiva: El órgano típico de administración de las asociaciones civiles es la comisión directiva, debiendo el estatuto de la asociación prever al menos los siguientes tres cargos: i) presidente, ii) secretario y iii) tesorero (art. 171). Las funciones de cada uno de ellos deben estar asimismo especificadas en el estatuto de la asociación. Es común encontrar que algunas asociaciones prevean el cargo de vicepresidente, inclusive en diferentes grados. Los demás miembros de la comisión directiva que no ocupen ninguno de los cargos previstos tienen carácter de vocales.

b) Designación de directivos. La designación original de los miembros de la comisión directiva es efectuada en el acto constitutivo, en tanto que las designaciones posteriores son efectuadas por las asambleas de asociados. Los integrantes de la comisión directiva deben ser asociados y el derecho de los asociados a participar en la comisión directiva no puede ser restringido abusivamente (art. 171).

c) Cese de directivos. Las causales de cese de los directivos en sus cargos son la muerte, la declaración de incapacidad o capacidad restringida, la inhabilitación, el vencimiento del lapso para el cual fueron designados, la renuncia y la remoción, sin perjuicio de cualquier otra causal establecida en el estatuto (art. 176). La remoción y la renuncia de los integrantes de la comisión directiva no puede ser restringida por el estatuto (art. 176). No obstante, se exige que en caso de que la renuncia de algún directivo afectara el funcionamiento de la comisión directiva o la ejecución de actos previamente resueltos por ésta, aquélla puede serle rechazada debiendo ese director permanecer en el cargo hasta que la asamblea ordinaria se pronuncie. Tal sería la circunstancia en que la renuncia de ese directivo dejara a la comisión directiva sin el *quorum* necesario para sesionar.

d) Extinción de la responsabilidad: Como regla, la responsabilidad de los directivos por las funciones inherentes a su función se extingue por la aprobación de su gestión, por renuncia o transacción resueltas por la asamblea ordinaria (art. 177). No obstante, dicha responsabilidad subsiste, aun habiéndose verificado algunas de las causales de extinción de responsabilidad

señaladas, en dos casos: i) si la responsabilidad deriva de la infracción a normas imperativas, o ii) si en la asamblea hubo oposición expresa y fundada de asociados con derecho a voto en cantidad no menor al 10 % del total. En el primer caso, la subsistencia de la responsabilidad se justifica en que el cumplimiento de normas imperativas resulta inexcusable. Consecuentemente, atento a que son normas que tienen por objeto la tutela del interés general y el orden público, la infracción a las mismas no puede ser dispensada por los asociados. En el segundo caso de excepción, en cambio, se tutela el interés de los asociados que votaron en contra de la extinción de la responsabilidad, en la medida en que alcancen el mínimo del total establecido legalmente. Esos asociados quedan facultados para ejercer la acción social de responsabilidad prevista para las sociedades (art. 176, Ley General de Sociedades).

2.7.4. Gobierno

a) Órgano de gobierno: El órgano típico de gobierno de las asociaciones civiles es la asamblea de asociados. Si bien la restricción total del ejercicio de los derechos de asociado se encuentra prohibida, el estatuto puede imponer condiciones para que los asociados participen en los actos de gobierno (art. 175). Es dable señalar que en esa circunstancia debe tratarse de condiciones fundadas y razonables, y no en requisitos que en los hechos obstaculicen el ejercicio de los derechos de asociado o que resulten en condiciones discriminatorias. Así, resulta razonable exigir el pago de las cuotas y contribuciones correspondientes al mes inmediato anterior para participar en las asambleas, a punto tal que el asociado que purgue la mora con antelación al inicio de la asamblea se encuentra facultado para participar en ella (art. 178).

b) Adquisición del carácter de asociado: Son asociados quienes asisten en ese carácter al otorgamiento del acto constitutivo de la asociación civil, y quienes adquieren ese carácter con posterioridad, mediante su afiliación a la entidad, cumpliendo los requisitos y condiciones previstos en el estatuto. La calidad de asociado es intransmisible (art. 182), por lo que no puede adquirirse ese carácter en forma derivada.

c) Pérdida del carácter de asociado: El carácter de asociado se pierde por renuncia o por exclusión de la entidad. El derecho de renunciar a la condición de asociado no puede ser limitado por el estatuto (art. 179). El renunciante debe, en todos los casos, las cuotas y contribuciones devengadas hasta la fecha de la notificación de su renuncia. Asimismo, los asociados pueden ser excluidos de la asociación siempre y cuando: i) la exclusión obedezca a causas graves previstas en el estatuto; ii) la misma se resuelva previo procedimiento que asegure el derecho de defensa del asociado, y iii) en caso de que la misma haya sido resuelta por la comisión directiva, se confiera al asociado el derecho a que la decisión de exclusión sea revisada por la asamblea (art. 180).

d) Responsabilidad de los asociados: La responsabilidad de los asociados se limita al cumplimiento de los aportes comprometidos al constituir

la asociación, a los aportes comprometidos posteriormente y al pago de las cuotas y contribuciones a que estén obligados (art. 181). La normativa descarta expresamente cualquier responsabilidad directa o subsidiaria de los asociados por las deudas de la asociación civil (art. 181).

2.7.5. Fiscalización interna

Los encargados de la fiscalización privada de la asociación son los revisores de cuenta, que podrán ser uno o más, según lo establezca el estatuto. No obstante, la comisión revisora de cuentas es obligatoria en las asociaciones con más de cien asociados (art. 172, 2° párr.). El estatuto puede prever que la designación de los integrantes del órgano de fiscalización recaiga en personas no asociadas (art. 172), pero éstos no pueden ser al mismo tiempo integrantes de la comisión directiva o certificantes de los estados contables de la asociación, incompatibilidades que se extienden a los cónyuges, convivientes, parientes, aun por afinidad, en línea recta en todos los grados, y colaterales dentro del cuarto grado. A fin de asegurar la independencia del órgano de fiscalización interna, se exige asimismo, que en aquellas asociaciones civiles que establezcan la necesidad de una profesión u oficio específico para adquirir la calidad de socio, el órgano de contralor contrate profesionales independientes para su asesoramiento (art. 173).

La designación de los integrantes del primer órgano de fiscalización debe ser efectuada en el acto constitutivo (art. 172). Las designaciones subsiguientes serán competencia del órgano de gobierno.

2.7.6. Fin de la existencia: Disolución y liquidación

Las asociaciones civiles se disuelven por las causales generales de disolución de las personas jurídicas privadas (arts. 163 y concs.) y por la reducción de su cantidad de asociados a un número inferior al total de miembros titulares y suplentes de su comisión directiva y órgano de fiscalización, si dentro de los seis meses no se restablece ese mínimo (art. 183).

Verificada una causal de disolución, la asamblea extraordinaria deberá designar uno o más liquidadores de acuerdo con lo establecido en el estatuto, excepto en casos especiales en que procede la designación judicial o por la autoridad de contralor, debiendo dicha designación ser publicada e inscripta en el Registro Público de Comercio (art. 184). El procedimiento de liquidación se rige por las disposiciones del estatuto, bajo la vigilancia del órgano de fiscalización (art. 185), y supletoriamente por las disposiciones sobre sociedades que resulten aplicables (art. 186).

Siendo que la asociación civil es una entidad sin fines de lucro, el patrimonio eventualmente resultante de la liquidación no se distribuye entre los asociados. Dicho remanente deberá ser asignado al destino previsto en el estatuto o, en su defecto, a otra asociación civil domiciliada en el país de igual o similar objeto a la entidad liquidada (art. 185).

2.8. Las simples asociaciones

Al igual que las asociaciones civiles, las denominadas simples asociaciones son personas jurídicas privadas sin fines de lucro. Estas entidades guardan similitud con las asociaciones civiles, a punto tal que se rigen en cuanto a su acto constitutivo, gobierno, administración, socios, órgano de fiscalización y funcionamiento por las normas relativas a las asociaciones civiles (art. 188). Éstas, no obstante, se diferencian de las asociaciones civiles en los siguientes aspectos:

a) Las asociaciones civiles deben ser constituidas por instrumento público (art. 169). En cambio, las simples asociaciones pueden ser constituidas por instrumento público o por instrumento privado con las firmas de los otorgantes certificadas por escribano público (art. 187).

b) Al nombre de las asociaciones civiles se agrega el aditamento "asociación civil", en tanto que en las simples asociaciones al nombre se agrega el aditamento "simple asociación" o "asociación simple", ya sea antepuesto o pospuesto (art. 187).

c) La asociación civil comienza a existir a partir del momento en que obtiene la autorización para funcionar como tal por parte de la autoridad de contralor (art. 169). En cambio, la simple asociación comienza su existencia como persona jurídica a partir de la fecha del acto constitutivo (art. 189).

d) Las asociaciones civiles pueden prescindir de la fiscalización privada si cuentan con hasta cien asociados (art. 172). Por su parte, las simples asociaciones con menos de veinte asociados pueden prescindir del órgano de fiscalización, subsistiendo la obligación de certificación de sus estados contables (art. 190). Si se prescinde del órgano de fiscalización, se asegura el derecho de información de todo miembro, aun excluido de la gestión, a efectos de que conozca el estado de los asuntos y acceda a consultar los libros y registros (art. 190).

e) La responsabilidad de los administradores de las asociaciones civiles se limita al cumplimiento de los aportes comprometidos al constituirla o posteriormente, y al de las cuotas y contribuciones a que estén obligados, no respondiendo en forma directa ni subsidiaria por las obligaciones de la entidad (art. 181), aun en caso de insuficiencia de bienes. En cambio, en caso de insuficiencia de los bienes de la asociación simple, el administrador y todo miembro que administra de hecho los asuntos de la asociación es solidariamente responsable de las obligaciones de la simple asociación que resultan de decisiones que éstos hubieran suscripto durante su administración (art. 191). No obstante, los bienes personales de cada una de esas personas no pueden ser afectados al pago de las deudas de la asociación, sino después de haber satisfecho a sus acreedores individuales (art. 191). Quedan a salvo de dicha responsabilidad los asociados que no intervinieron en la administración, quienes sólo responden hasta la concurrencia de la contribución prometida o de las cuotas impagas (art. 192).

2.9. Fundaciones (arts. 193 a 224)

2.9.1. Definición

Las fundaciones son personas jurídicas privadas que se constituyen con una finalidad de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posibles sus fines (art. 193). Siendo que carecen de fines de lucro y tienen una finalidad de bien común, la legislación exige que destinen la mayor parte de sus ingresos al cumplimiento de sus fines (art. 213). Al igual que acontece con las asociaciones civiles, la ausencia de un fin de lucro no impide que realicen actividades lucrativas, en tanto las ganancias obtenidas sean aplicadas al cumplimiento de su finalidad. Tampoco implica que éstas no puedan acumular fondos, en la medida en que esa acumulación se efectúe con objetos precisos, tales como la formación de un capital suficiente para el cumplimiento de programas futuros de mayor envergadura relacionados al objeto de la entidad (art. 213).

2.9.2. Comienzo de la existencia: Acto constitutivo y autorización

a) El acto constitutivo. Las fundaciones deben constituirse mediante instrumento público (art. 193). Pueden revestir el carácter de fundadores, tanto personas humanas como sociedades. Asimismo, pueden ser constituidas por uno o más fundadores, quienes deberán suscribir el instrumento de constitución, ya sea personalmente, u otorgando un poder especial al efecto (art. 195). Si el fundador es una persona humana, puede disponer su constitución por acto de última voluntad (art. 193), en cuyo caso, el acto constitutivo será otorgado por el autorizado por el juez del sucesorio (art. 195).

A tenor de lo dispuesto en el art. 195 el acto constitutivo de la fundación debe contener la siguiente información: i) identificación de los fundadores[11]; ii) nombre y domicilio de la fundación; iii) designación del objeto de la fundación, que debe ser preciso y determinado; iv) patrimonio inicial de la fundación expresado en moneda nacional, especificando su integración y recursos futuros, v) plazo de duración; vi) organización del consejo de administración, con las regulaciones atinentes a la duración de los consejeros en su cargo, régimen de reuniones y procedimiento para la designación de sus miembros; vii) cláusulas atinentes al funcionamiento de la entidad; viii) procedimiento y régimen para la reforma del estatuto; ix) fecha del cie-

(11) En efecto, la norma solicita que cuando se trata de personas humanas, se debe consignar su nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y número de documento de identidad y, en su caso, el de los apoderados o autorizados; en tanto que cuando se trata de personas jurídicas, debe precisarse la razón social o denominación y su domicilio, acreditándose la existencia de la entidad fundadora, su inscripción registral y la representación de quienes comparecen por ella.

rre del ejercicio anual; x) cláusulas de disolución y procedimiento atinentes a la liquidación y destino de los bienes; y xi) plan trienal de acción.

Es importante destacar algunas cuestiones prescriptas en el CCyCN en relación al patrimonio inicial de la fundación: i) el mismo debe posibilitar razonablemente el cumplimiento de los fines propuestos estatutariamente (art. 194), cuestión que será merituada por la autoridad de contralor; ii) se exige que el dinero en efectivo o los títulos valores que integran el patrimonio inicial sean depositados durante el trámite de autorización en el banco habilitado por la autoridad de contralor de la jurisdicción en que se constituye la fundación (art. 196); iii) si se trata de aportes en especie, los mismos deben constar en un inventario suscripto por contador público nacional con sus respectivas valuaciones (art. 196), y iv) integran el patrimonio inicial no sólo los bienes efectivamente donados en el acto constitutivo, sino también los compromisos de donación o aportes de integración futura, contraídos por los fundadores o por terceros (art. 194). Si se trata de promesas de donación hechas en el acto constitutivo, las mismas adquieren el carácter de "irrevocables" a partir de la resolución de la autoridad de contralor que autorice a la entidad para funcionar como persona jurídica (art. 197)[12]. Se le reconoce asimismo a la fundación legitimación para demandar el cumplimiento de tales promesas, sin que le resulten oponibles las siguientes defensas: la revocación de la donación hecha antes de su aceptación, el hecho de que el objeto de la donación constituya todo el patrimonio del donante o una parte indivisa de él, o que el donante no cuente con la titularidad dominial de lo comprometido (art. 198).

b) La autorización estatal. Una vez otorgado el instrumento constitutivo, deberá solicitar y obtener autorización del Estado para funcionar (art. 193). En efecto, las fundaciones adquieren su personería jurídica al obtener la autorización estatal para funcionar como tales. A esos fines, es preciso acompañar el denominado plan trienal al presentar la solicitud de otorgamiento de personería. Dicho plan describe las actividades proyectadas por la entidad durante los primeros tres años (art. 199). En dicho documento deben precisarse la naturaleza, características y desarrollo de las actividades necesarias para su cumplimiento, como también las bases presupuestarias para su realización (art. 199). Cumplido ese plazo inicial de tres años, se debe proponer lo inherente al trienio subsiguiente, con idénticas exigencias (art. 199).

c) Actuación hasta la obtención de la autorización. Siendo que la fundación obtiene su personería jurídica con la autorización para funcionar como tal, el art. 200 regula su régimen de actuación durante la etapa de gestación, es decir la que transcurre desde el otorgamiento del acto constitutivo, y has-

---

(12) Tanto es así que, si el fundador fallece después de firmar el acto constitutivo, las promesas de donación no podrán ser revocadas por sus herederos si se presentó a la autoridad de contralor la solicitud de la autorización para funcionar como persona jurídica (art. 197).

ta la obtención de la autorización para funcionar. Sobre este particular la norma dispone que i) los fundadores y administradores de la fundación son solidariamente responsables frente a terceros por las obligaciones contraídas hasta el momento en que ésta obtenga la autorización para funcionar, y ii) los bienes personales de los fundadores y administradores de la fundación pueden ser afectados al pago de esas deudas sólo después de haber sido satisfechos sus acreedores individuales, fijando de esta manera una preeminencia de sus acreedores particulares para el cobro sobre sus los bienes.

d) El contralor estatal. El contralor del Estado sobre estas entidades no se limita a la autorización para funcionar. En efecto, las fundaciones están sujetas a un contralor permanente que se extiende desde su constitución hasta su disolución y liquidación (arts. 193 a 196; 214 y 215 y 221 a 223).

2.9.3. Órgano de gobierno y administración: El consejo de administración

a) Consejo de administración: El órgano típico de gobierno y administración de la fundación es el consejo de administración, que debe estar integrado por al menos tres personas humanas (art. 201). Su finalidad principal es ejecutar los actos necesarios para el cumplimiento del objeto de la fundación, dentro de las condiciones que establezca el estatuto (art. 201).

b) Carácter de los miembros del consejo de administración. Los miembros del consejo de administración pueden ser permanentes o temporarios, pudiendo incluso el estatuto establecer que determinadas decisiones requieran siempre el voto favorable de los primeros o que quede reservada a éstos la designación de los segundos (art. 204). Los miembros del consejo de administración no pueden recibir retribuciones por el ejercicio de sus funciones de consejeros por ser su cometido de carácter honorario, sin perjuicio del derecho a que se les reconozcan los gastos efectuados en cumplimiento de sus funciones (art. 206).

c) Comité ejecutivo: El estatuto puede prever asimismo la existencia de un comité ejecutivo, que estará integrado por miembros del consejo de administración o terceros, y que deberá ejecutar las tareas de administración y gobierno que el consejo de administración le delegue (art. 205). En caso que el estatuto prevea la existencia del comité ejecutivo, dicho órgano: i) deberá ejercer sus funciones entre los períodos de reunión del consejo; ii) deberá rendir cuentas al consejo de administración, y iii) podrá delegar facultades ejecutivas en una o más personas humanas, sean o no miembros del consejo de administración (art. 205). A diferencia de lo que acontece con los consejeros (art. 206), el estatuto puede prever alguna forma de retribución pecuniaria a favor de los miembros del comité ejecutivo, atendiendo a la entidad de las labores encomendadas (art. 205).

d) Situación de los fundadores luego de la constitución. Los fundadores son los responsables de darle vida a la fundación. No obstante, una vez

constituida ésta, carecerán de injerencia en su administración y por ende, en la adopción de decisiones, a menos que sean miembros del consejo de administración. A estos efectos, los fundadores pueden reservarse la facultad de ocupar cargos en el consejo de administración o la de designar los consejeros cuando se produzca el vencimiento de los plazos de designación o la vacancia de alguno de ellos. Para que ello sea factible, tales facultades deberán ser incluidas en forma expresa en el estatuto que aprueben en el acto constitutivo (art. 202).

e) Designación de consejeros. El primer consejo de administración es designado por el o los fundadores en el acto constitutivo (art. 195). Las designaciones posteriores de consejeros, según lo establezca el estatuto de la entidad, estarán a cargo de: i) instituciones públicas y a entidades privadas sin fines de lucro (art. 203); ii) el o los fundadores de la entidad, si éstos se reservaron dicha facultad en el acto constitutivo (art. 202), o iii) por el propio consejo de administración. También se reconoce a la autoridad de contralor la facultad de designar nuevas autoridades de la fundación, y de modificar el estatuto en las partes pertinentes, en caso de que existan vacantes que no puedan ser cubiertas de acuerdo con el estatuto, o que quienes sean designados no acepten los cargos y que esas vacantes tornen imposible el funcionamiento de la entidad (art. 210).

f) Funcionamiento. El CCyCN provee las siguientes prescripciones atinentes al funcionamiento del consejo de administración y, en su caso, del comité ejecutivo si éste fuera pluripersonal: i) tanto las reuniones ordinarias como extraordinarias del consejo de administración y, en su caso, del comité ejecutivo, deben ser reguladas en el estatuto de la fundación (art. 207); ii) el *quorum* para sesionar debe ser el de la mitad más uno de sus integrantes (art. 207); iii) las deliberaciones de ambos órganos deben constar en actas pasadas a un libro rubricado (art. 207), y iv) la mayoría requerida para la adopción de decisiones es la mayoría absoluta de votos de los miembros presentes, contando el presidente del consejo de administración o del comité ejecutivo, según cuál sea el órgano, con doble voto en el supuesto de empate. Se hace la excepción de los casos en que la ley o el estatuto requieran mayorías calificadas. Entre las excepciones legales, pueden citarse: a) la remoción de integrantes del consejo de administración, que exige una mayoría agravada de por lo menos las dos terceras partes de los integrantes del cuerpo (art. 209), y b) las reformas estatutarias que, salvo disposición en contrario en el estatuto, requieren por lo menos el voto favorable de la mayoría absoluta de los integrantes del consejo de administración; excepto que se trate de la modificación del objeto —sólo procedente cuando el objeto original se tornó de cumplimiento imposible—, fusión con entidades similares y disolución, en cuyo caso la mayoría exigida es de los dos tercios (art. 216).

g) Derechos y obligaciones de los consejeros. En lo que respecta a sus derechos y obligaciones, los consejeros se rigen por las disposiciones legales,

por las normas reglamentarias en vigor, por los estatutos y, subsidiariamente, por las reglas del mandato (art. 211). En caso de violación por parte de los consejeros de alguna de las prescripciones mencionadas, tanto la propia fundación como la autoridad de contralor estarán legitimadas para promover una acción de responsabilidad contra ellos, sin perjuicio de las eventuales sanciones administrativas que pudieran recaer sobre éstos, y sobre la fundación (art. 211).

2.9.4. Fin de la existencia

Las fundaciones se disuelven en caso de verificarse las causales de disolución previstas en el art. 163. La resolución del consejo de administración, por la cual se resuelva la disolución voluntaria de la fundación, debe ser adoptada con una mayoría agravada de dos tercios de los integrantes del consejo de administración (art. 216).

En caso de disolución, el remanente de los bienes debe destinarse a una entidad de carácter público o a una persona jurídica de carácter privado cuyo objeto sea de utilidad pública o de bien común, que no tenga fin de lucro y que esté domiciliada en la República (art. 217). Dicha decisión debe contar asimismo con la previa aprobación de la autoridad de contralor (art. 217). Corresponde destacar que quienes hubieran hecho donaciones a la fundación (o sus herederos) no podrán revocar las donaciones realizadas si la disolución y traspaso de bienes de la entidad, o la reforma de su estatuto, obedecieran a una imposibilidad sobreviniente de cumplir con su objeto (art. 218), salvo que el cambio de objeto haya sido previsto como una condición resolutoria de la donación (art. 218).

3. Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva (arts. 225 a 256)

3.1. Definiciones

Haciendo una interpretación integral de los arts. 15 y 16 del CCyCN, puede decirse que dicho cuerpo normativo entiende por bienes a "las cosas y derechos patrimoniales susceptibles de valor económico". A este respecto, el art. 16 es claro al marcar una relación de género a especie entre los bienes y las cosas, respectivamente, señalando que las "cosas" son los "bienes materiales". Por lo tanto, puede interpretarse *a contrario sensu* que los bienes pueden ser materiales, en cuyo caso se denominan "cosas" o inmateriales, de esta manera, nos encontramos en presencia de "derechos" susceptibles de valor económico.

Bienes
- Materiales (cosas)
- Inmateriales (derechos, intangibles)

3.2. Clasificaciones de las cosas

1) En función de su transportabilidad o posibilidad de desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa:

- Inmuebles
  - Inmuebles por su naturaleza
    - Suelo, cosas incorporadas a él de manera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre (art. 225).
  - Inmuebles por accesión (art. 226)
    - Cosas muebles inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable (art. 226).
- Muebles → Pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa (art. 227).

2) En función de su divisibilidad:

Divisibles → Pueden ser divididas en porciones reales sin ser destruidas (art. 228).

Indivisibles → Su fraccionamiento convierte en antieconómico su uso y aprovechamiento (art. 228).

3) En función de su carácter accesorio o principal:

Principales → Pueden ser existir por sí mismas (art. 229).

Accesorias → Su existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa de la cual dependen o a la cual están adheridas (art. 230).

4) En función de su posibilidad de ser consumidas (art. 231):

Consumibles → Su existencia termina con el primer uso.

No consumibles → No dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o deteriorarse después de algún tiempo.

5) En función de su fungibilidad (art. 232):

Fungibles → Todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad.

No fungibles → Son únicas y por lo tanto no pueden sustituirse por otras de la misma calidad o cantidad.

6) En función de su renovabilidad (art. 233):

- Frutos
  - Objetos que un bien produce, de modo renovable, sin que se altere o disminuya su sustancia (art. 233)
    - Naturales: producciones espontáneas de la naturaleza.
    - Industriales: Se producen por la industria del hombre o la cultura de la tierra.
    - Civiles: Rentas que la cosa produce.

Productos	Objetos no renovables que separado o sacados de la cosa alteran o disminuyen su sustancia.

7) En función de la posibilidad de ser transmitidos (art. 234):

En el comercio →	Su transmisión está expresamente prohibida por la ley o por actos jurídicos permitidos.
Fuera del comercio →	Su transmisión está expresamente prohibida por la ley o por actos jurídicos permitidos.

3.3. Bienes con relación a las personas

El CCyCN también clasifica a los bienes considerando su relación de uso con las personas. Atendiendo a este criterio, dicho cuerpo legal distingue las siguientes clases de bienes:

a) Bienes pertenecientes al dominio público. Son los que están afectados a la comunidad y que, por lo tanto, pueden ser usados por cualquier persona, conforme a las disposiciones generales y locales (art. 237). Estos bienes poseen el carácter de "públicos" por imperio legal, y se caracterizan por ser inenajenables, inembargables e imprescriptibles (art. 237) en razón de encontrarse fuera del comercio. Los mismos son enumerados en el art. 235 que establece:

Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales: a) el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo; b) las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso; c) los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos; d) las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos,

o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares; e) el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial; f) las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común; g) los documentos oficiales del Estado; h) las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos.

b) Bienes del dominio privado del Estado. Son los bienes sobre los cuales el Estado ejerce el derecho real de dominio como los particulares. Pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal, según lo determine la Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local (arts. 236 y 237). Asimismo, el art. 236 establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, son bienes privados del Estado: i) los inmuebles que carecen de dueño; ii) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería; iii) los lagos no navegables que carecen de dueño; iv) las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros, y v) los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título.

c) Bienes de los particulares. Son bienes de los particulares los que no son del Estado nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o municipal (art. 238). Los mismos pertenecen, por el contrario, a personas humanas o a personas jurídicas privadas.

3.4. Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva

El CCyCN reconoce expresamente los derechos de incidencia colectiva (art. 14, inc. b]). No obstante, el ordenamiento no provee una definición legal de esta categoría de derechos. La elaboración de este concepto ha quedado a cargo de los tribunales y de la doctrina, que en líneas generales han coincidido en afirmar: "la nota característica de un derecho de incidencia colectiva es que tutelan derechos colectivos de naturaleza indivisible; o sea que resulta imposible dividirlos en partes"[13]. En efecto, el objeto de tutela de estos derechos es el uso o goce de bienes jurídicos insusceptibles de fragmentación, en razón de encontrarse en una especie de comunión caracterizada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica, por fuerza, la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, *ipso facto*, lesión a la entera comunidad[14].

---

(13) RIVERA, JULIO CÉSAR - RIVERA, JULIO CÉSAR (H), "La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación y de las asociaciones del art. 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional", LA LEY, 2005-B, 1053.

(14) CSJN, 26/6/2007, "Defensor del Pueblo de la Nación – inc. cec. 1316/05 v. Poder Ejecutivo Nacional s/amparo ley 16.986".

Entre los bienes jurídicos tutelados el ordenamiento legal hace especial referencia al cuidado del medio ambiente (arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional y 14, *in fine*, y 240 del CCyCN). Sobre el particular, el CCyCN establece expresamente que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando ese ejercicio pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general (art. 14, *in fine*). El ordenamiento legal fija un claro límite al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes, prohibiendo que el uso y goce de los mismos afecte esta categoría de derechos (art. 240). Es más, se exige que el ejercicio de los derechos que le asisten a cada persona sobre los bienes se ajuste a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público, y que no afecten el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos normativamente (art. 240).

3.5. Función de garantía de los bienes

Todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones. En efecto, el patrimonio de cada persona constituye la garantía común de sus acreedores, con excepción de los que el CCyCN o las leyes especiales declaran inembargables o inejecutables (art. 242). Los patrimonios especiales autorizados por la ley, tales como los fideicomisos, sólo tienen por garantía los bienes que los integran (art. 242). Corresponde sin embargo mencionar los siguientes casos especiales que prevé el CCyCN:

a) Los bienes afectados directamente a un servicio público. Si se trata de bienes de particulares, pero que se encuentran afectados directamente a la prestación de un servicio público, el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio (art. 243). Por lo tanto, si bien estos bienes resultan embargables y ejecutables, en los hechos en que su eventual embargo y ejecución no podrá redundar en un perjuicio a la prestación del servicio público al cual éstos se encuentran afectados.

b) Los inmuebles afectados a vivienda. Los inmuebles afectados a vivienda conforme al régimen del capítulo 3, sección 3 del Libro I del CCyCN (arts. 244 a 256) no son susceptibles de ejecución por deudas posteriores a la inscripción de su afectación en el Registro de la Propiedad Inmueble, excepto que se trate de deudas originadas en las siguientes obligaciones: i) deudas por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble; ii) las que cuenten con garantía real sobre el inmueble; iii) las que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda, y iv) las alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida (art. 249). Si el inmueble se subastara por alguna de las deudas mencionadas y quedara un remanente, éste se entrega al propietario del inmueble (art. 249). Los beneficiarios de este régimen pueden ser el propietario constituyente, su cón-

yuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes; o bien, en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente (art. 246). La vivienda afectada está exenta del impuesto a la transmisión gratuita por causa de muerte en todo el territorio de la República, si ella opera a favor de los beneficiarios mencionados en el art. 246, y no es desafectada en los cinco años posteriores a la transmisión (art. 252). De la misma manera, se establece que los trámites y actos vinculados a la constitución e inscripción de la afectación, están exentos de impuestos y tasas (art. 252).

Síntesis

1. Persona humana

1.1. Definición legal: El CCyCN evade las definiciones y no describe a la persona humana pero, en consideración a lo dispuesto en el art. 19, cabe colegir que todo ser humano, por el hecho de serlo, es persona para el Derecho. Ello sin ninguna distinción de las que la metafísica denomina accidentales; tal el caso del género, raza, características físicas o intelectuales, edad, etc. Esta interpretación es concordante con lo dispuesto en el art. 6° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 3° de la Convención Americana de Derechos Humanos; y art. 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, según la interpretación con la que la República Argentina ratificó dicho instrumento.

1.2. Comienzo de la existencia: El art. 21 del CCyCN indica que, si bien la existencia de la persona comienza con su concepción, su existencia jurídica queda supeditada al hecho de que nazca viva: si muere antes de estar completamente separada de su madre, se la tendrá como que nunca ha existido. Para considerar que la persona ha vivido, se precisa que haya respirado de forma autónoma, aunque sea por instantes, luego de la separación del cuerpo materno. En caso de duda, tal como establece la parte *in fine* del art. 21 del CCyCN, se presume que ha vivido a menos que se logre desvirtuar tal consideración legal por prueba en contrario. No obstante, el CCyCN no acalla los interrogantes en cuanto a los embriones concebidos *in vitro* y los destinos que puedan legal y válidamente dárseles, tales como la crioconservación, la donación para investigación y la posibilidad de adopción por una pareja diversa de la que se sometió a la TRHA en cuestión.

1.3. Fin de la existencia: La existencia de la persona humana termina con su muerte (art. 93). La comprobación de este hecho de carácter biológico quedará sujeta a lo que la medicina determine al respecto (art. 94) y deberá volcarse en el certificado de defunción y en correspondiente asiento registral (art. 96). En los arts. 85 a 92, el CCyCN regula el supuesto de “presunción de fallecimiento”. La parte final del art. 94 del CCyCN hace referencia a la ablación de órganos remitiendo a la ley 26.066.

1.4. Atributos de la personalidad: Son configurados por ciertas circunstancias y cualidades que son consideradas inescindibles de la persona humana. Entre ellos cabe enumerar: capacidad (arts. 22 a 50), domicilio (arts. 73 a 78) y nombre (arts. 62 a 72).

1.5. Derechos personalísimos: Constituyen una manifestación de los derechos fundamentales de los que goza todo ser humano por su propia naturaleza. Se trata en todos los casos de derechos o potestades inherentes al ser humano y que se encuentran en la base del esquema de garantías que reconoce el ordenamiento jurídico. Estos derechos se caracterizan por ser: i) innatos; ii) vitalicios; iii) inalienables; iv) imprescriptibles; v) absolutos, y vi) extrapatrimoniales. Se destacan, en esta categoría de derechos, la inviolabilidad de la persona humana (art. 51), la dignidad humana (art. 52) y el derecho a la imagen (art. 53).

2. Persona jurídica

2.1. Definición legal: El art. 141 del CCyCN establece que "son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación". Estos sujetos de derecho tienen como origen un acto constitutivo al cual el ordenamiento jurídico les confiere la virtualidad de dar vida a un sujeto de derecho diferente de los otorgantes de dicho acto. Como consecuencia de ello, este sujeto cuenta con un patrimonio, derechos y obligaciones separados de los de sus miembros o socios.

2.2. Inoponibilidad de la personalidad jurídica: El art. 144 prevé la denominada "inoponibilidad de la personalidad jurídica", como un mecanismo excepcional para imputar las obligaciones o responsabilidades asumidas por la persona jurídica directamente a sus socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos —según el tipo de entidad de que se trate—, y siempre y cuando se cumplan los presupuestos legales de esa norma.

2.3. Atributos de la persona jurídica privada: En su sección 3, del título II del Libro I, el CCyCN prevé los denominados atributos de la persona jurídica privada: nombre (art. 151), domicilio y sede social (arts. 152 y 153), patrimonio (art. 154), duración (art. 155) y objeto (art. 156).

2.4. Funcionamiento de la persona jurídica: La persona jurídica adopta decisiones a través de sus órganos y celebra actos jurídicos a través de sus representantes. El estatuto debe prever y regular el funcionamiento de los órganos de gobierno, administración y fiscalización. También debe contener normas atinentes a la representación de la entidad (art. 158).

2.5. Fin de la existencia de la persona jurídica privada: La persona jurídica privada deja de existir cuando, merced a haber constatado una causal de disolución, la misma es liquidada e inscribe en el Registro Público de

Comercio la resolución del órgano de gobierno mediante la cual aprueba el balance final de liquidación y su cancelación registral. El CCyCN enumera las causales de disolución de la persona jurídica privada en el art. 163. La persona jurídica que sea absorbida en una fusión o que se escinda destinando la totalidad de su patrimonio a la constitución de nuevas entidades o a fusionarse con otras, se disuelve sin liquidarse por cuanto su patrimonio es transmitido a otra entidad.

2.6. Asociaciones civiles: Son personas jurídicas privadas sin fines de lucro, reguladas por el CCyCN, en los arts. 168 a 186. Deben ser constituidas por instrumento público y requieren autorización estatal para funcionar como tales. Desde el otorgamiento del acto constitutivo, hasta la obtención de dicha autorización, se les reconoce la personería jurídica pero como "simples asociaciones". Sus órganos típicos son: i) la comisión directiva (órgano de administración); ii) la asamblea de asociados (órgano de gobierno), y iii) la comisión revisora de cuentas, o revisor de cuentas, según sea plural o unipersonal (órgano de fiscalización).

2.7. Simples asociaciones: Son personas jurídicas privadas sin fines de lucro, que se rigen en cuanto a su acto constitutivo, gobierno, administración, socios, órgano de fiscalización y funcionamiento por las normas relativas a las asociaciones civiles (art. 188). No obstante, se diferencian de las asociaciones civiles en lo que respecta a la forma del acto constitutivo y aditamento que debe exhibir su nombre (art. 187), inicio de su existencia (art. 189), régimen de prescindencia del órgano de fiscalización interna (art. 190) y responsabilidad de sus administradores en caso de insolvencia (art. 191).

2.8. Fundaciones: Son personas jurídicas privadas que se constituyen con una finalidad de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posibles sus fines (art 193). El CCyCN se ocupa de su regulación en los arts. 193 a 224. Deben constituirse por instrumento público y requieren autorización legal para funcionar. El órgano típico de gobierno y administración es el consejo de administración. El estatuto también puede prever la existencia de un comité ejecutivo que deberá ejecutar las tareas de administración y gobierno que el consejo de administración le delegue (art. 205). A fin de mantener injerencia en la administración de la fundación, los fundadores pueden reservarse la facultad de ocupar cargos en el consejo de administración o la de designar los consejeros cuando se produzca el vencimiento de los plazos de designación o la vacancia de alguno de ellos (art. 202).

3. Bienes

3.1. Los bienes son "las cosas y derechos patrimoniales susceptibles de valor económico". Éstos pueden ser materiales, en cuyo caso se denominan

“cosas”, o inmateriales, en cuyo caso nos encontramos en presencia de “derechos” susceptibles de valor económica.

3.2. El CCyCN realiza varias clasificaciones de bienes en los arts. 225 a 234. En lo que respecta a su relación de uso con las personas, los bienes son clasificados de la siguiente manera: i) bienes públicos o pertenecientes al dominio público (art. 235); ii) bienes del dominio privado del Estado (art. 236), y iii) bienes de particulares (art. 238).

3.3. El ordenamiento legal fija un claro límite al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes prohibiendo que el uso y goce de los mismos afecte los derechos de incidencia colectiva, con especial énfasis en la preservación del medio ambiente (arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional y 14, *in fine*, y 240 del CCyCN).

3.4. El patrimonio de cada persona constituye la garantía común de sus acreedores, con excepción de los que el CCyCN o las leyes especiales declaran inembargables o inejecutables (art. 242). Merecen una mención especial los bienes afectados directamente a un servicio público, respecto de los cuales el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio; y los inmuebles afectados a vivienda, los cuales no son susceptibles de ejecución por deudas posteriores la inscripción de su afectación en el Registro de la Propiedad Inmueble, salvo por deudas originadas en las obligaciones enumeradas en el art. 249 del CCyCN.

Capítulo II

Hechos y actos jurídicos. Obligaciones

Por Alejandra Bianchi[1]

1. Hechos y actos jurídicos

Las personas humanas desarrollan su personalidad jurídica produciendo consecuencias o efectos de diversa índole tanto en el mundo social como en el jurídico. Dentro de este ámbito, el del Derecho, regulador de las relaciones entre los individuos y con relación a los bienes en general, las personas jurídicas, también lo hacen, ya que es allí donde son reconocidas y donde despliegan la personalidad que se les reconoce conforme con lo establecido en los arts. 146 —personas jurídicas públicas— y 148 —personas jurídicas privadas— del Código Civil y Comercial de la Nación.

(1) Abogada. Mediadora. Docente en la Universidad de Buenos Aires y en otras universidades privadas, Especialista en Derecho Público y de la Empresa, con Diploma de Estudios Avanzados en Investigación por la Universidad de Castilla.

Sin duda, las personas producen efectos en el mundo jurídico por su propia dinámica.

Si se amplía la visión sobre el tema, pueden percibirse situaciones que simplemente ocurren o que han ocurrido a lo largo del tiempo. Son fenómenos que se presentan ante nuestros sentidos, que según su incidencia adquieren mayor o menor envergadura, y se dan en el mundo de la experiencia. Algunos tienen tal repercusión que se transforman en acontecimientos históricos, sociales, económicos, científicos, naturales, políticos y jurídicos, mientras que otros ocurren sin alcanzar el rango de algo singular y continuo, ni siquiera de repercusión universal, pero que, sin embargo, producen consecuencias, incluso en el mundo jurídico. Las diferentes ciencias, según su objeto de estudio, los abordarán. El hecho o *factus* describe aquello que ocurre, acciones, situaciones, relaciones a las cuales hace referencia. Notablemente, de un modo u otro, en las diferentes áreas de la experiencia de vida de las personas aparece impactado el Derecho.

El legislador tomará los hechos naturales o humanos que deban ser normados y les atribuirá consecuencias jurídicas, independientemente de las propias, que le correspondan como tal, ya sea hecho científico, político, físico, social, entre otros. Tomará en cuenta las condiciones de tiempo y espacio en las cuales la norma los capta y los recaudos sustanciales y formales para que se configure el supuesto jurídico que dará contenido a la norma imperativa.

Los acontecimientos, o simplemente los hechos, pueden tener diferente estructura según del campo de donde provengan, sea económico, social, político, histórico, cultural, periodístico, científico o jurídico, todos ellos interesan, en este estudio, en orden a su trascendencia dentro del orden de derecho establecido.

Podría analizarse el hecho económico y social que representa la relación entre quien consume y quien provee bienes, o entre quien usa y quien presta servicios para la satisfacción de necesidades básicas de las personas. Esos hechos que configuran relaciones de consumo no pueden ser llevados a cabo de cualquier modo e impactan en el ordenamiento jurídico. El art. 1094 del CCyCN establece; "las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección al consumidor y el acceso al consumo sustentable..."[(2)]. Ello impacta en la vida de cada persona, incide colectivamente y en todo el planeta en general, no sólo en el momento presente, sino también a futuro, razón

(2) El consumo sostenible supone: "El uso de bienes y servicios que responden a necesidades básicas y proporcionan una mayor calidad de vida, al mismo tiempo que minimizan el uso de recursos naturales, materiales tóxicos y emisiones de desperdicios y contaminantes sobre el ciclo de vida de tal manera que no se ponen en riesgo las necesidades de futuras generaciones" (conforme propuesta del Simposio de Oslo, en 1994, luego adoptado por la Comisión de Desarrollo Sostenible en 1995).

pertinente para que el engranaje jurídico se despliegue incluso preventivamente.

1.1. Teoría general del acto jurídico. Disposiciones generales. Vicios

El Código Civil y Comercial de la Nación aborda el tema dentro del Libro Primero, Parte General, a partir del título IV, luego de haber regulado lo referente a las personas y a los bienes. Precisamente las personas son quienes realizan los actos jurídicos generando relaciones o situaciones jurídicas respecto de los bienes en general, elaborando en la parte que se desarrolla seguidamente la teoría general del acto jurídico, como contenido esencial para el resto de los contenidos del ordenamiento jurídico.

El concepto de acto jurídico se logrará, finalmente, a través de diferentes términos que lo involucran.

El desarrollo de la presente unidad temática se hará siguiendo el orden establecido en el Código Civil y Comercial, de modo de facilitar el avance de los temas con esa organización, aun cuando doctrinariamente pudieran los temas ser agrupados desde otra mirada.

Es muy interesante el trabajo de sistematización realizado por el legislador al unificar la materia civil y comercial, especialmente en esta parte que resulta esencial para cualquier andamiaje jurídico posterior. Nótese cómo el orden es absolutamente lógico para ir avanzando en cada tema, profundizándolos y luego armonizando la normativa que regula los pilares del derecho privado, como son persona - bienes - hecho y acto jurídicos - obligaciones - contratos - empresa - sociedad.

1.1.1. Concepto de hecho jurídico

El CCyCN define en su art. 257 al hecho jurídico como "el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas".

- *Acontecimiento con entidad jurídica conforme al ordenamiento jurídico*

En primer lugar se debe comprender que los hechos son jurídicos porque la ley les otorga tal entidad para producir específicos efectos, ya sea que ellos consistan en dar nacimiento a una relación jurídica —la publicidad para ofrecer un producto en el mercado puede generar una relación de consumo— o bien pueden modificar o extinguir la relación —la imposibilidad legal de importar determinadas materias primas modifican la calidad del producto que se ofrece o bien el hecho de ocurrir el fallecimiento de quien debía cumplir con una prestación de hacer—. La raíz de esos efectos proviene de la ley, como primera fuente de derecho, pero también de la juris-

prudencia, la doctrina, la costumbre, los principios generales del Derecho, entre otros.

Los hechos de la naturaleza, como un rayo, la salida del sol, son simples hechos, sin trascendencia jurídica a menos que en determinadas circunstancias puedan producir efectos jurídicos, piénsese en el caso de un rayo que produce un incendio y despliega todas las consecuencias de un contrato de seguro.

Vélez Sarsfield(3) explica que el hecho puede producirse por una causa ajena al hombre y a la que éste no haya podido ni auxiliar ni poner obstáculo, ya con participación directa o indirecta del hombre y ya, finalmente, por efecto inmediato de su voluntad.

Cuando provienen del hecho del hombre, agrega Vélez Sarsfield, los hechos jurídicos al generar o destruir derechos pueden referirse a:

1) El hecho del hombre como *objeto* o contenido de un derecho (cuando uno debe hacer algo en favor de otro o abstenerse de hacerlo). En este caso, siempre existe un hecho del hombre, semejante al objeto de los actos jurídicos. Es el hacer, presupone voluntad hacia un fin determinado.

2) El hecho del hombre como fuente o *causa* de un derecho (el hecho de comprar un inmueble y entregarlo tiene el efecto de presuponer el derecho de propiedad sobre la cosa).

3) Pueden producirse otros hechos que no representen acciones u omisiones voluntarias o involuntarias del hombre —como se analizarán— y que Vélez Sarsfield en su nota llama hechos externos, accidentales o de la naturaleza.

Esta visión de Vélez, que se mantiene en el Código unificado, bajo la condición de que efectivamente se produzcan las consecuencias jurídicas, debe conectarse con la nueva normativa contenida en los arts. 1710 a 1712 CCyCN, en el cual se establece el deber de prevenir el daño y la acción preventiva(4).

---

(3) VÉLEZ SARSFIELD, DALMACIO, *Código Civil de la Nación*, Libro II, Sección II, De los Hechos, nota al art. 896 que define a los hechos jurídicos. Este régimen se mantiene en el nuevo Código unificado, sin embargo, le agrega "las situaciones jurídicas", de relevancia respecto de las fuentes, como serían el abuso del derecho, las situaciones jurídicas abusivas y los contratos conexos, conforme lo expresa LORENZETTI, RICARDO L., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 11. Sin embargo, se refuerza ahora la necesidad de que los acontecimientos —hechos, abstenciones, situaciones, estados— que derivan de actos humanos, hechos externos o de la naturaleza, efectivamente concreten efectos. Se quita la frase "acontecimientos *susceptibles de producir* la adquisición...", ahora deben existir manifiestos tales efectos sobre las relaciones y situaciones que tengan relevancia jurídica, incluso si se tratara de un hecho futuro o la probabilidad de que existiera, todos configuran un hecho jurídico.

(4) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. *Orientado a contadores*, t. I, Hechos y actos jurídicos, comentario de CAPUTO, LEANDRO J., La Ley, Buenos Aires, 2014.

- *Producen la adquisición, modificación o extinción de los derechos*

Los derechos nacen, se modifican, se transfieren o extinguen como consecuencia o por medio de un hecho. No existe derecho que no provenga de un hecho y la variedad de hechos produce diferentes derechos.

El Código unificado menciona que tales situaciones se refieren a relaciones y situaciones jurídicas, y de ellas se generan, se modifican o se extinguen derechos a través de distintos modos. Los codificadores han querido mirar ampliamente las posibilidades, por eso mencionan no sólo a las relaciones jurídicas que suponen elementos como *sujetos, objeto y causa* que generan alguna especie de vínculo que crea derechos y obligaciones, en orden a las voluntad de las partes de dar nacimiento a esa relación, sino también incluyendo situaciones que carecen de alguno de los elementos mencionados pero que logran repercusión jurídica.

Hechos jurídicos constitutivos son los que producen el nacimiento o adquisición de una relación o situación jurídica.

La adquisición puede ser:

1) *originaria*, si la atribución de derecho no proviene de otro derecho que se le antecede, es decir, independiente de cualquier relación jurídica (adquisición de un inmueble por actos posesorios durante el lapso de tiempo legal establecido, apropiación de una cosa sin dueño) o

- *derivada* (compraventa, cesión de derechos), se verifica una relación jurídica anterior.

2) *traslativa* si se transfiere el derecho o

- *constitutiva* si se genera un gravamen (prenda, usufructo, hipoteca), pero el autor conserva su derecho de dominio sobre la cosa.

Hechos jurídicos extintivos que ponen fin a los derechos por razones involuntarias (muerte, pérdida del objeto) o bien por razones voluntarias (venta, renuncia).

Hechos jurídicos con entidad de modificar las circunstancias que se dan entre el nacimiento y la extinción de una relación o situación, pero que no modifican los elementos de aquéllas (cambio de una de las partes a causa de su muerte). Producen alteraciones, aumentan o reducen los derechos.

Dentro de esta categoría se incluye, en el Código unificado, el tema de transferencia de derechos y obligaciones, considerada en sí misma como una modificación y que en el Código de Vélez aparece especialmente mencionada.

- *La relación y la situación jurídica sobre las cuales se producen los efectos*

La *relación jurídica* es un vínculo entre dos partes y que se refiere tanto a derechos personales (derechos de una persona en relación con otra persona) como reales (derechos de una persona respecto de una cosa).

La *situación jurídica* alude tanto al supuesto de hecho en sentido amplio que puede referirse a un hecho o a una multiplicidad de ellos, como a la situación jurídica abusiva[5] o la vinculación que subyace entre una pluralidad de actos que tiene efectos jurídicos precisos[6] —art. 1073, CCyCN—.

1.1.2. Concepto de simple acto lícito

Los hechos humanos pueden ser voluntarios —art. 260, CCyCN— o involuntarios —art. 261, CCyCN—.

Los hechos humanos *voluntarios* son realizados por la persona humana con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior Es decir, lo realiza comprendiendo lo que hace, con una finalidad determinada y por su soberana voluntad. Con las cualidades de voluntariedad y licitud puede catalogarse a tal hecho humano como acto, que al no encontrarse prohibido por la ley configura un acto lícito.

El CCyCN introduce la categoría de simple acto lícito, no prohibido por el derecho, que produce el nacimiento, modificación y extinción con independencia de que las partes que obraron voluntariamente hayan querido o deseado producir tales consecuencias jurídicas, que se verificaran de todos modos, en el caso de un simple acto lícito. El simple acto jurídico está contemplado en el art. 258, CCyCN, el cual al ser lícito se presume autorizado por el Derecho acorde con el precepto constitucional de que aquello que no está prohibido está permitido —art. 19, CN—. Por ejemplo, el derecho obtenido como consecuencia de la prescripción, tema previsto en la ley, pero no pensado por el individuo como efecto de su obrar voluntario. En general, se trata de acciones permitidas pero que no se regulan específicamente y habrá que analizarlas en orden a su impacto en el ordenamiento jurídico.

Como expresa Caputo[7], existe su contrapartida en el *simple acto ilícito*, contrario a derecho, prohibido, pero vinculado a la posibilidad de que cause un daño que genere responsabilidad civil conforme con el art. 1717, CCyCN, cualquier acción u omisión que cause un daño a otro es *antijurídica*[8] si no está justificada, es decir, si no se debió a legítima defensa, estado de necesidad o ejercicio regular de un derecho —art. 1718 CCyCN—.

---

(5) Es el caso del art. 10, CCyCN, sobre abuso de derecho: El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraríe los fines del ordenamiento jurídico, la moral y buenas costumbres.

(6) LORENZETTI, RICARDO L., *Tratado de los contratos. Parte general*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

(7) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado...*, cit.

(8) Conforme con el art. 1716, CCyCN, siempre se genera el deber de reparar cuando se ha violado el deber de no dañar a otro, o se ha producido el incumplimiento de una obligación,

1.1.3. Concepto de acto jurídico. Condiciones de validez del acto jurídico

A diferencia del simple acto lícito, el acto jurídico es el hecho humano voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas —art. 259 CCyCN—. En él, la voluntad persigue la producción de efectos jurídicos.

Debido a que la voluntad es un elemento esencial para la conformación de los actos jurídicos, se mencionan en primer término los elementos constitutivos del acto jurídico:

Los sujetos que intervienen, el objeto sobre el cual versa el acto, su contenido y condiciones y las formas que se exigen por el ordenamiento jurídico para que el acto pueda ser eficaz, es decir, que cumpla los efectos pertinentes.

En cuanto a los sujetos, son ellos quienes deberán desplegar su consentimiento(9) respecto del acto, y habrá que analizar en cada caso a quiénes alcanzan los efectos propios del acto jurídico.

Ello se desarrollará en esta primera parte, para luego, en el segundo punto, en concreto especificar lo regulado por el Código Civil y Comercial en orden al objeto y a la validez de los actos jurídicos.

- *Elementos y validez del acto jurídico*

La validez, es decir, la eficacia o cumplimiento de los efectos esenciales del acto jurídico depende de que conforme con el derecho concurran todos sus elementos:

1) el sujeto que lo ejecuta debe ser una persona capaz (edad, capacidad de hecho, legitimación) de realizarlo.

2) el objeto del acto debe ser lícito. Si el hecho humano voluntario contraría lo establecido por el ordenamiento jurídico, se conformaría un hecho ilícito, y desde luego no querido por el Derecho. Ello supone consecuencias jurídicas desfavorables para quien lo ejecute y pasible de consecuencias penales o en su caso civiles con repercusión sobre su patrimonio. Generan responsabilidad subjetiva al configurarse mala fe o una actitud dolosa o bien, si hubo negligencia, es decir culpa, no se tomaron los debidos recaudos para que los efectos perjudiciales no se constituyeran. Otras veces, la responsabilidad es objetiva, se conforma simplemente por ser el titular de la cosa que produce efectos perjudiciales a otro, generándose la obligación de reparar tales daños.

---

(9) El consentimiento pleno refiere a la conformación de la voluntad con todos sus elementos: discernimiento, intención y libertad que se exterioriza por quien es capaz, sin vicios tales como el error, el dolo, la violencia.

3) la forma de realización del acto debe concretarse del modo establecido por la ley (instrumento público, inscripción registral).

En este ámbito, prescripto por la ley, las partes pueden generar pautas propias para regir sus relaciones, siempre que ello no esté específicamente prohibido ni contradiga reglas impuestas por el ordenamiento, es decir, que no sean contrarios o prohibidos por éste, el orden público, la moral o las buenas costumbres. Significa que se requiere la exteriorización del acto para que surta consecuencias propias dentro del mundo jurídico, de manera que el legislador establecerá cuáles son los modos de exteriorizar o bien de comprender tal manifestación de voluntad.

La finalidad de la ley es proteger a esta última de las partes al concretar el acto o negocio jurídico. Es por ello que si bien aquella voluntad puede crear o modificar actos jurídicos, en algunas ocasiones, la ley exige el cumplimiento imperativo de sus reglas, como ocurre en el caso de la constitución de derechos reales, es decir, derechos referidos a las cosas, como el dominio, el usufructo, la hipoteca, la prenda. En estos actos jurídicos no basta la voluntad de transferir, modificar o extinguirlos, se requiere además una determinada instrumentación —escritura pública o instrumento privado— y además inscripción registral, según se trate de derechos sobre cosas inmuebles o bien muebles, registrables o no. Estos recaudos se encuentran previstos en el CCyCN dentro del Libro Cuarto referido a los derechos reales[10].

- *Los sujetos intervinientes en el acto jurídico y sus efectos:*

Las partes: son quienes tienen un interés en el acto y sufren las consecuencias referidas a la adquisición de derechos o la contracción de obligaciones. Pueden alcanzar esta situación los herederos universales que siguen a la persona del causante que muere y los sucesores singulares que reciben uno o más bienes —art. 400, CCyCN—.

Los otorgantes: son los que participan del acto disponiendo en él, pueden o no ser partes. Suscriben el acto.

Los representantes: suscriben el acto, son otorgantes pero sustituyen a las partes en cuyo interés actúan y sobre los cuales recaerán las consecuencias jurídicas del acto. Los representantes pueden ser legales (tutor,

(10) A partir del art. 1882 CCyCN son regulados los derechos reales. El art. 1892 hace referencia al título y modos suficientes para la adquisición, transmisión y extinción de esos derechos. Si los recaudos legales se cumplen la consecuencia jurídica propia e inmediata será la oponibilidad *erga omnes* —consecuencias eficaces, serán válidos frente a cualquiera que quiera cuestionarlos, respecto de todos, no solo de las partes intervinientes—, es decir que las partes y los terceros deberán respetar la concreción de tales efectos jurídicos, conformándose una característica esencial de los derechos contemplados en el Libro Cuarto. En caso contrario serán inoponibles y carentes de eficacia en las diferentes situaciones contempladas por la ley, conforme con el art. 1893 CCyCN.

curador, padres) —art. 101, CCyCN—, voluntarios (mandatario) —art. 1320, CCyCN—, u orgánicos (provienen del estatuto de una persona jurídica) —art. 358 CCyCN—.

Los terceros: no son parte en los actos jurídicos. No son ni las partes ni los sucesores universales. Quedan incluidos en este rango:

1) Los acreedores quirografarios (comunes, cobran en igualdad con todos los demás acreedores) o privilegiados (tienen derecho a ser pagados antes que los quirografarios y según el orden de su privilegio).

2) Los sucesores a título universal que pueden verse perjudicados o beneficiados por los actos realizados por el titular.

3) Intervinientes no partes: concurrieron pero no tienen comprometido ningún interés propio (escribano, testigos).

4) Los verdaderos terceros sin relación alguna con el acto y sus consecuencias.

- *Efectos*

Se concluye que los actos jurídicos producen, en principio, solo efectos entre las partes y en su caso los sucesores universales, salvo en caso de que los efectos se agoten en la persona del causante —arts. 1021 y 1022, CCyCN— por aplicación del principio del efecto relativo de los actos, aplicables a los contratos que en esencia son actos voluntarios lícitos. En materia contractual, los terceros no podrían invocar derecho alguno salvo los casos de estipulación a favor de un tercero (seguro de vida) o cuando media conexidad o en el caso del sucesor singular cuando recibe un derecho o cosa y los toma con los derechos u obligaciones que tenía el anterior titular (la compra de un inmueble alquilado) o los acreedores que solicitan medidas cautelares para evitar que se perjudiquen sus derechos.

1.1.4. Concepto de acto voluntario

El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, manifestado a través de un hecho exterior —art. 260, CCyCN—.

Lo primero que establece la ley se vincula a los sujetos que realizan el acto jurídico. Se trata de establecer si las exigencias legales en cuanto a los elementos internos de la voluntad han confluido en el sujeto para darle validez interna al acto. Si ello no fuera así, y tales elementos se encontraran viciados, podría configurarse un supuesto de nulidad del acto o pérdida de los efectos propios del acto realizado en tales circunstancias.

Los tres primeros requisitos que menciona el artículo constituyen el elemento interno de la voluntad, y se presumen existentes al momento de concretar el acto, es decir, que quien alegue lo contrario deberá probarlo.

La manifestación es el elemento externo. Si el acto no se manifestara en la forma establecida por la ley, no surtiría sus efectos normales, siendo inoponible para invocar los efectos pertinentes del acto.

Todos los supuestos de mencionados en cuanto a la carencia, en algún sentido, de los elementos esenciales para el acto jurídico, producen las consecuencias de la ineficacia inexorablemente, ya sea porque un acto es intrínsecamente inválido ante la ausencia de alguno de sus elementos internos o bien por haberse omitido alguna de las formas legales impuestas para exteriorizarlos.

- *Configuración legal de acto involuntario*

El acto involuntario era considerado el que se realizaba sin discernimiento, intención y libertad. Con el Código unificado, sólo se contempla, para configurarlo, la falta de discernimiento, en orden a que comprende tres supuestos:

1) el sujeto que lo ejerce carece de discernimiento por estar privado de razón;

2) se trata de un acto ilícito realizado por una persona menor que no ha cumplido los diez años, situación a la cual la ley califica de involuntario en protección del menor;

3) se trata de un acto lícito realizado por una persona menor de edad que no cumplió los trece años —sin perjuicio de disposiciones especiales— art. 261 CCyCN.

1.1.4.1. Los elementos del acto voluntario

A) El elemento externo: la manifestación de voluntad. El art. 262 habla de la manifestación de la voluntad, que es el modo cómo se exterioriza la voluntad. Brebbia[(11)] habla de la declaración de la voluntad, cuando existe una manifestación consistente en un hecho del lenguaje mediante el cual la persona que la formula tiende a hacer conocer a otro u otros sujetos, determinados o no, su voluntad respecto de cierta cuestión. Es una manifestación orientada a hacer este tipo de comunicación. Se requiere un hecho perceptible que denote la voluntad.

La manifestación expresa de voluntad[(12)] puede ser oral, escrita o por signos inequívocos, o por la ejecución de un hecho material. Es decir, toda conducta u obrar que en cada caso permita establecer la voluntad de la persona

---

(11) Brebbia, Roberto, *Hechos y actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 196, citado en Lorenzetti, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, cit., t. II, p. 33.

(12) Se aplica lo expresado en los arts. 262 a 264 del CCyCN.

que se expresa, que se manifiesta. Estos supuestos configuran una declaración expresa de voluntad.

El silencio no se toma como manifestación de voluntad, salvo en los casos en que exista deber de expedirse por imperio legal (cuando se es llamado a reconocer una firma y permanece callado, se la tiene por reconocida), o de la voluntad de las partes (cuando dentro de un contrato de locación, las partes estipulan que la falta de contestación a un pedido de autorización para realizar una obra nueva se tiene por otorgado si no hay respuesta negativa dentro de los 30 días de la notificación), de los usos y prácticas o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes (si el mandante se ha extralimitado en orden a las facultades concedidas en su poder, y estando avisado, guarda silencio). En principio, Borda[(13)] aclara que el silencio debe entenderse no sólo por la abstención de pronunciar o escribir palabras, sino también el abstenerse de realizar signos inequívocos, que permitan inferir la voluntad de una persona. Los casos que menciona la ley para tomar al silencio como manifestación de voluntad serían, por ejemplo, *la manifestación tácita de voluntad*, que resulta de los actos por los cuales se la pueda conocer con certidumbre, careciendo de eficacia si la ley o la convención exigen una manifestación expresa. Sería el caso de quien en un remate levanta la mano para hacer una postura o quien levanta el brazo llamando a un taxi. Como sostiene Borda, en este caso si la certidumbre se desprende de esos actos, quiere decir que son inequívocos, es decir, más cercanos a la manifestación expresa. Para estos autores, la manifestación tácita es la que se infiere del silencio.

En los casos de discrepancia entre la voluntad interna de la persona y la declarada, el Código Civil y Comercial antepone la voluntad real o interna frente a la voluntad declarada, salvo que, fundado en el principio de la buena fe se haya generado alguna expectativa legítima o confianza fundada en la declaración de voluntad del sujeto emisor, haciéndose prevalecer la voluntad declarada por sobre la real[(14)].

La interpretación de los actos jurídicos. Debe tenerse en cuenta que cuando no es posible determinar con exactitud cuál ha sido la voluntad de un sujeto al realizar un determinado acto, y surgen controversias al respecto, es necesario recurrir al análisis de los hechos para solucionarlas; en algunas ocasiones pueden hacerlo las partes intervinientes, en especial, si previamente han resguardado su relación jurídica dentro de previsiones negociadas para tales eventos, por ejemplo, una cláusula contractual, pero otras

---

(13) Borda, Alejandro – Borda, Delfina – Borda, Guillermo, *Manual de derecho privado*, La Ley, Buenos Aires, 2009.

(14) Por ejemplo, el caso de la simulación cuando se ha intentado declarar algo que no coincide con la voluntad querida. Otro ejemplo sería el caso de la representación aparente del art. 367, o bien el caso del error reconocible que regula el CCyCN respecto de los actos jurídicos en el art. 266.

veces deberá intervenir un tercero imparcial para dirimir la cuestión, por ejemplo, un juez. El Código establece pautas para colaborar en esta tarea, constituyendo las reglas de interpretación de los contratos, perfectamente aplicables a los actos jurídicos, ya que aquéllos lo son en su esencia. Pueden ellas apreciarse en los arts. 1061 a 1068, CCyCN, ubicadas en el Libro Tercero referido a los derechos personales que en su título II regula los contratos en general. Por ejemplo, se establece como regla que el contrato —acto jurídico— debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de buena fe. Otra regla será que cuando existe duda en cuanto a la validez o nulidad del mismo acto se preferirá la solución que otorgue validez al acto por aplicación del principio de conservación —art. 1066, CCyCN—.

Además de las pautas generales, el nuevo Código, fiel a sus fundamentos, establece a lo largo de sus normas pautas específicas de interpretación referidas a relaciones y situaciones jurídicas dentro de su contexto propio. Por ejemplo, el art. 727 —Libro Tercero, capítulo I— relativo a la interpretación restrictiva respecto de la existencia y extensión de las obligaciones. Se observa cómo la generación de una obligación asumida por un deudor es esencialmente un acto jurídico, en esta especie de acto jurídico se aplica tal regla en particular(15).

Las interpretaciones pueden referirse tanto a actos bilaterales, en el caso de los contratos, como a los actos unilaterales, por ejemplo, un testamento —art. 2470, CCyCN—(16).

B) Los elementos internos de la voluntad. Sus vicios. Para que un acto voluntario lícito produzca sus efectos jurídicos, deben cumplirse, como se ha expresado, los recaudos internos que hacen a la voluntariedad y presuponen un consentimiento pleno en cuanto a su ejecución. Vale decir que no se tratará de un acto involuntario ni de un simple acto lícito. Si se considera a los sujetos y a su consentimiento respecto del acto, ha de esperarse que discernimiento, intención y libertad confluyan para que aquél se verifique plenamente. De lo contrario, la voluntad estará viciada en algún sentido. Y ello es fundamental para establecer si el acto jurídico surtirá, en principio, los efectos esperados, aun cuando su objeto sea lícito y se haya instrumentado conforme a derecho. Siendo ello así, si una persona actúa con sus facultades mentales disminuidas y realiza un acto ilícito, será considerada inimputa-

---

(15) La existencia de la obligación no se presume, debe existir efectivamente y probada ésta, se presume que proviene de una causa legítima. Del mismo modo, y referido a los actos de disposición de derechos personalísimos, establecido en el art. 55, CCyCN, dispone que "el consentimiento para tales actos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva o libremente revocable". Ello así, debido a la particularidad y características de estos derechos esenciales.

(16) Se establece que las estipulaciones testamentarias deben interpretarse adecuándolas a la voluntad real del causante y se aplican en cuanto sean compatibles las demás reglas de interpretación de los contratos.

ble. En cambio, el acto será reputado nulo, si se realizó un acto lícito. Todo ello por el carácter de protección que establece la ley para las personas que actúan en las condiciones descriptas y considerándose las diferencias en cuanto a la clase de acto realizado.

- *El discernimiento y la incapacidad para ejercer los derechos*. El discernimiento es la aptitud elemental para comprender el significado del acto que se ejecuta. Se trata de una condición de carácter general, para cualquier tipo de actos jurídicos. Lorenzetti, citando a Brebbia[(17)], define este elemento como los estados de conciencia que permiten al sujeto apreciar las consecuencias de sus acciones, distinguir lo verdadero de lo falso, lo conveniente de lo inconveniente, lo justo de lo injusto de las acciones humanas. En este sentido, la ley protege especialmente a quienes por motivos de inmadurez en razón de la edad, o por alteraciones mentales o por pérdida transitoria de la conciencia ven obstaculizada su capacidad para comprender las consecuencias jurídicas de los actos jurídicos que realizan.

a) Los menores de edad y su capacidad de hecho. La edad es un requisito esencial a los fines del discernimiento, y el fin tuitivo de la ley, en primer lugar, consiste en establecer rangos de edad para verificar que la condición primaria del consentimiento se cumpla. Un menor de edad, en principio, es inmaduro para determinados actos: podrá distinguir a una determinada edad los actos permitidos o buenos respecto de otros malos o prohibidos; sin embargo, requerirá mayor madurez para discernir lo que le conviene y optar por ello, descartando lo contrario.

Ello así, el art. 24, CCyCN, establece la incapacidad de hecho de la persona por nacer y también para aquella que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente: persona menor de 18 años, la cual deberá actuar a través de la figura de su representante legal, ya sea quien ejerza la patria potestad o la tutela.

El nuevo Código simplifica esto estableciendo dos categorías de menores de edad: *niño* —hasta los trece años— y *adolescente* —desde los trece hasta los 18 años—[(18)].

Para tomar *decisiones sobre su cuerpo* se consideran con discernimiento, o sea, capacidad para hacerlo entre los 13 y 16 años siempre que no sean tratamientos invasivos o comprometan su estado de salud o riesgo de vida, porque de lo contrario requerirán la asistencia de sus representantes legales.

En cuanto a los *actos lícitos*, el discernimiento se alcanza a los trece años. Para los *hechos ilícitos*, a los 10 años, lo cual indica que los menores de

(17) Brebbia, Roberto, *Hechos y actos...*, cit., p. 47, comentario al art. 897, citado en Lorenzetti, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación...*, cit., p. 28.

(18) Los arts. 25 y 26, CCyCN, establecen actos que los menores con 16 años podrán decidir en orden a su propio cuerpo o tratamientos que deban realizar. Según el caso, requerirán la asistencia de su representante legal.

esa edad para aquellos actos no serán imputables por carecer de suficiente discernimiento.

Todos ellos, en razón del art. 261, se consideran actos involuntarios cuando se encuentran fuera de las edades que otorgan capacidad de hecho o discernimiento de los menores de 18 años.

*b) La privación accidental o transitoria de razón o de concien*cia. Establece el caso de quienes por algún accidente, consumo de drogas o alcohol, o situación física o psicológica traumática, se encuentran privados de razón y no pueden comprender los efectos que surtirán sus actos. Es el caso del art. 261, inc. a). Si se trata de un acto ilícito en el cual interviene una persona privada transitoriamente de su razón, aquélla es declarada inimputable. Si en cambio, el acto es lícito, se lo declara nulo.

c) Las alteraciones mentales, es el caso del art. 24, inc. c), correspondiente a las personas declaradas incapaces por sentencia judicial. Es decir, que en los casos mencionados se protege tanto a la persona como a su patrimonio[19]. Aparecerá en estas circunstancias la figura de los curadores, quienes son representantes legales instituidos judicial o voluntariamente a los fines de protección expresados y suplirán las falencias de compresión de sus representados, bien sea realizando los actos por ellos o asistiéndolos.

- *La intención y el vicio del error o el dolo.* La intención es el propósito de realizar el acto en miras a producir determinados efectos jurídicos, es una condición del acto en concreto. Cuando la intención es enfocada respecto de la concreción de un acto que no es en realidad el deseado por la voluntad, se produce un vicio debido al error en cuanto a la clase de acto o debido al dolo empleado para generar el error, no imputables a quien ha manifestado su voluntad.

a) El error: es el falso conocimiento que se tiene acerca de un hecho o situación o contenido. Se distingue de *la ignorancia* que supone la falta de conocimiento sobre un hecho, situación o contenido.

Puede tratarse de *error de hecho* cuando recae sobre un hecho o contenido del acto o bien de *error de derecho* referido a la existencia, alcance o vigencia del derecho aplicable, el cual nunca es excusable, es decir, que no se puede sostener que se obró erróneamente, con la voluntad viciada por error de desconocimiento de las normas jurídicas y sus alcances, salvo cuando, conforme a lo establecido en el art. 8°, CCyCN, se trate de circunstancias establecidas en la ley.

(19) El art. 24, CCyCN, establece quiénes son las personas incapaces para el ejercicio de sus derechos y el art. 32, CCyCN, complementa lo referente a incapacidad y capacidad restringida, que alude al tema de referencia tratado en cuando al discernimiento para la realización de los actos jurídicos.

La consecuencia del error de hecho será la nulidad relativa[20] del acto, en virtud del art. 265, CCyCN, siempre que se trate de *error de hecho esencial*, es decir, que se ha tenido en cuenta al momento de celebrar el acto —art. 267[21], CCyCN—, debiendo además, ser un *error reconocible*[22] —art. 266, CCyCN— cuando afecte a un acto bilateral o unilateral recepticio, o sea, reconocible por el destinatario para que se configure la invalidez. El nuevo Código no diferencia si el error debe ser excusable o no, no se exige, para invocar la invalidez, que hubiere razones para errar.

En la normativa referida, y en el Código en general, se protegen dos principios que justifican el criterio seguido por los legisladores: el principio de protección de la confianza[23] y el deber de información[24].

La nueva norma regula las situaciones de *error de cálculo* —arts. 268, CCyCN— que no producen la nulidad, excepto que haya sido determinante para la celebración del acto, es decir, el consentimiento para celebrar el acto. En general se vinculan con conocimientos técnicos de mayor o menor complejidad. La doctrina lo considera como un error accidental, de igual modo como podrían serlo los que versen sobre el nombre de las partes en un contrato, las motivaciones para celebrarlo, la calidad de la cosa que sea indiferente para su concreción, el valor de la cosa, entre otros. Todos ellos no obstan a la validez del acto, por ello se consideran errores accidentales.

El art. 269 establece que la parte que incurre en error no puede solicitar la nulidad del acto, si la otra ofrece ejecutarlo con las modalidades y el contenido que aquélla —la parte víctima del error— entendió celebrar.

Por último, el art. 270, CCyCN, establece el *error en la declaración de voluntad y en su transmisión*, esto es, se trata de una representación equivocada, por la cual la parte le otorga al comportamiento propio un significado diferente del que tiene objetivamente. Debe tenerse en cuenta que no afecta los elementos internos de la voluntad. Este error puede verificarse:

- el sujeto realiza una declaración involuntaria o inconsciente;

---

(20) Conforme con el criterio del art. 386, CCyCN: son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en interés de ciertas personas.

(21) Es decir, que el error versa sobre la naturaleza del acto, un bien o un hecho de distinta especie que el pretendido, una cualidad esencial del bien que ha sido determinante, los motivos personales relevantes, la persona con la cual se celebró el acto.

(22) Lorenzetti expresa que el error reconocible es aquel en el cual el destinatario, usando la normal atención hubiera podido darse cuenta del error, aunque de hecho no se haya percatado. Es decir, un error objetivamente reconocible según las características profesionales del destinatario y según las circunstancias que lo rodean. Ver en *Código Civil y Comercial comentado*, cit., t. II, p. 48.

(23) Referido, por ejemplo, a los contratos de adhesión o de consumo en el ámbito contractual.

(24) Por ejemplo, los actos jurídicos extrapatrimoniales, como el consentimiento informado en orden al deber de información.

- el sujeto emite una declaración que no es la suya realmente (por ejemplo, firmo un contrato de sociedad entendiendo que era un contrato temporario);
- el sujeto usa deliberadamente expresiones sin conocer que tienen diferentes significados.

b) El dolo es un término que puede aplicarse a diferentes situaciones:

i) es un elemento del acto ilícito que tiene por fin cometer un daño;

ii) referido al incumplimiento deliberado de una obligación;

iii) vicio de la voluntad: es toda argucia destinada a producir engaño en el conocimiento que una persona puede tener sobre un hecho, situación o contenido. El engaño debe ser causal determinante de la producción del acto jurídico.

Nótese que puede haber discernimiento, es decir, comprensión del acto, y sin embargo, estar viciada la intención. En cambio, si no existe discernimiento no llega a conformarse la intención.

El art. 271, CCyCN, explica distinguiendo dos situaciones referidas al dolo como vicio de la voluntad:

Acción dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto, de igual significación que la *omisión dolosa*, causa los mismos efectos que la acción dolosa cuando el acto no se habría realizado sin la reticencia u ocultación. La acción supone un acto positivo de engaño, mientras que la omisión implica un silencio o reticencia frente al error o la equivocación del otro. Pueden referirse tanto a actos unilaterales como bilaterales.

Estas situaciones causan la nulidad del acto, al tratarse de un acto ilícito o por falsear la realidad provocando que el acto se realice motivado por un engaño.

Conforme con el art. 272, CCyCN, debe tratarse de un dolo esencial, significa que

- sea grave, de tal entidad que engaña a quien normalmente es cuidadoso en el manejo de sus cuestiones;
- sea la causa determinante del acto jurídico, o sea, que el dolo es principal;
- produzca un daño[25] importante;
- que no haya dolo recíproco.

(25) El daño resarcible se produce cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva.

El dolo incidental —art. 273, CCyCN— que no es determinante de la voluntad y no afecta la validez del acto, faculta para el planteamiento de resarcimiento por daños y perjuicios, en orden al art. 275, CCyCN. Responsable de tal acción son tanto el autor del dolo como la parte que al tiempo de la celebración tuvo conocimiento —efectivo— del dolo del tercero, asumiendo responsabilidad solidaria. De manera que en el caso del dolo se consolida sanción de nulidad relativa y reparación de daños. Al tratarse de una nulidad relativa, podría la víctima dejarla sin efecto y solicitar el resarcimiento de daños solamente.

Diferencia del dolo y error: En el dolo hay intención de hacer incurrir en error a la otra parte, y no necesita ser reconocible para causar nulidad.

Diferencia con el fraude: en ambos casos hay maniobras engañosas que perjudican a la víctima, pero el dolo se produce antes o al tiempo de celebración del acto. En el fraude, el deudor realiza un acto real, con posterioridad a la existencia del crédito, para provocar o agravar la insolvencia y no cumplir sus obligaciones.

Diferencia con la simulación ilícita: el acto simulado es ficticio y en perjuicio de un tercero. El acto doloso es real y la víctima es parte, por lo cual, se ve perjudicada.

- *La libertad y el vicio de la violencia.* La libertad es el poder que ostenta una persona para decidir la realización o no de un acto determinado.

Cuando existe fuerza irresistible —presión física irresistible— y las amenazas —intimidación— que generan temor de sufrir un mal grave, inminente, que no se puedan contrarrestar o evitar, sobre la persona o sus bienes, se configura el vicio de la fuerza física o la intimidación conforme al art. 276, CCyCN, en orden a la situación del amenazado y las circunstancias del caso.

La violencia también puede recaer sobre la persona o los bienes de un tercero, no haciendo referencia a ningún vínculo de parentesco, como lo hace el Código de Vélez, en orden al temor fundado o reverencial ante la persona que incidía en la conclusión del acto. En todos los casos, el acto será considerado nulo, cuando se impide toda posibilidad de ejercer voluntad propia por parte del sujeto que la manifiesta.

La amenaza deberá ser antijurídica, como sostiene Lorenzetti[26], no cuando sólo se trata de advertencias a la otra parte sobre las consecuencias de acciones legales que se seguirán para restablecer derechos.

La amenaza, ya sea contra la persona del violentado o dirigida sobre un tercero, debe ser tan grave que no le permita a aquél el ejercicio de su libertad de decisión, configurando la existencia de un acto involuntario, en virtud de la violencia ejercida.

---

(26) Lorenzetti, Ricardo L., *Código Civil y Comercial comentado*, cit., t. II, p. 81.

El autor de la fuerza o de las amenazas puede ser una de las partes del acto o un tercero.

El autor deberá responder por los daños causados y tendrá responsabilidad solidaria con él, quien tuvo conocimiento de la situación en la que se encontraba el sujeto que sufrió la violencia. Se deberá reparar inclusive cuando no se llegara a configurar la nulidad pero existieron daños que no se hubieran producido de no mediar la violencia.

La víctima puede finalmente reclamar la nulidad del acto, el daño patrimonial y moral contra el autor de la acción, bien sea la otra parte, un tercero o ambos, constituyéndose en sujetos pasivos de la obligación.

1.2. El acto jurídico

Como se ha mencionado en el primer punto, el acto jurídico se caracteriza por ser un hecho humano, voluntario y lícito que tiene por fin inmediato la producción, modificación o extinción de efectos jurídicos.

Sus *elementos esenciales* son: sujeto, objeto, causa y forma; cada uno de ellos, si cumplen con las condiciones legales, conformarán actos jurídicos válidos.

Los *elementos naturales* pueden o no estar presentes dependiendo del tipo de acto de que se trate: garantía de evicción, garantía por vicios redhibitorios, pacto comisorio.

Los *elementos accidentales* o modalidades que puede tener el acto conforme a la decisión de las partes: condición, plazo o cargo.

En este punto se continuarán analizando los elementos del acto jurídico, conforme al orden seguido por el Código unificado.

1.2.1. El objeto de los actos jurídicos

El objeto de los actos jurídicos es la materia sobre la cual recae la voluntad del sujeto: una cosa, un bien, un hecho.

Conforme con lo especificado por el art. 279[27], CCyCN, puede concluirse que las condiciones del objeto son:

a) objeto posible (debe existir tanto material como jurídicamente; habrá imposibilidad material si jamás ha existido o ha dejado de existir, en forma

(27) El Código se expresa negativamente respecto del objeto, o sea, estableciendo cómo no debe ser, y ello en orden al principio de la autonomía de la voluntad que permite que todo lo que no esté prohibido está permitido. Sin embargo, habrá que estarse, además, a lo establecido en la normativa específica de los distintos tipos de actos.

absoluta o relativa, es decir, para cualquier persona, y debe ser simultánea al momento de realización del acto), lícito[28], determinado (o determinable[29]) y no prohibido[30] para ser tal. Todo ello hace a la idoneidad del objeto.

Puede referirse a hechos o bienes —materiales o inmateriales—.

b) objeto que no sea contrario a la ley, la moral, las buenas costumbres y el orden público. Si alguna de estas situaciones ocurre la sanción será la nulidad conforme al art. 386, CCyCN.

c) objeto que no sea lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana.

Numerosas normas del Código unificado aluden a estas condiciones para los actos jurídicos, por ejemplo, el art. 12 —orden público—, el art. 51 —respeto de la dignidad de la persona humana—, art. 56 —disposiciones sobre el propio cuerpo—, art. 386 — distinción de nulidades absolutas o relativas—, art. 1003 —objeto de los contratos—, art. 1004 —objetos prohibidos—, art. 1644 —objeto prohibido en las transacciones—, art. 2467 —nulidades testamentarias—, también la ley de sociedades expresa estas condiciones para el objeto social, entre otras.

Finalmente, en el Código Civil y Comercial no subsiste la calificación de cosas fuera del comercio, en referencia a la prohibición de que fuesen objeto de los actos jurídicos. Sin embargo, el art. 234, CCyCN, establece la prohibición especial sobre determinados bienes, como serían los casos en que la ley lo prohíba expresamente o se requiera una autorización y que se relaciona incluso con la transmisión de determinados bienes, como ocurre con los que pertenecen al dominio público del Estado —art. 237, CCyCN—.

1.2.2. La causa de los actos jurídicos

En el art. 281, el CCyCN describe la causa como el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. Incluye los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, tácitamente, si son esenciales para ambas partes.

---

(28) Que no sea contrario a la ley, por ejemplo, las sociedades no pueden tener un objeto ilícito, ni un objeto lícito con actividad ilícita —arts. 18 y 19, ley 19.550—, ambos casos acarrean la nulidad de la sociedad.

(29) Caso del art. 280, CCyCN, referido al objeto que alude a la convalidación y expresa que el acto jurídico sujeto a plazo o condición suspensiva es válido, aunque el objeto haya sido inicialmente imposible, si deviene posible antes del vencimiento del plazo o del cumplimiento de la condición.

(30) Por ejemplo, se prohíbe el pacto sobre herencias futuras; objetos prohibidos según el tipo societario por el cual la actividad bancaria sólo se permite a sociedades anónimas o cooperativas.

El artículo alude a la causa fin[31] que ha sido determinante de la voluntad del sujeto. También tienen tal entidad los motivos lícitos —indirectos o remotos— si hubiesen sido incorporados por las partes y esenciales para su celebración.

Si se considera el art. 726, CCyCN, se estará frente a la causa eficiente o causa fuente, referido a las obligaciones. Según aclara Lorenzetti[32], ésa será la causa como razón eficiente de los actos jurídicos, mientras que la causa fin se oriente a la voluntad para la obtención de efectos jurídicos. En tanto que la causa ocasional, que son los móviles o motivos, fines concretos, inmediatos que las partes tuvieron en cuenta al realizar el acto, también es llamada causa impulsiva. Son fines subjetivos, contingentes, múltiples y jurídicamente intrascendentes, por lo tanto no deben confundirse con la causa del acto jurídico. Sin embargo, en algunas ocasiones, cuando las partes lo hayan pactado expresamente a través de una condición, podría ser el interés particular, el móvil, una causa. La reforma incluye expresamente esta posibilidad siempre que los motivos sean lícitos, se exteriorizaron y las partes le dan tal entidad.

La causa que no aparece expresada en el acto se presume, siempre y cuando no se pruebe lo contrario. Es decir que se considera que la causa fin está presente. Pero si la causa es falsa[33], se estará a la verdadera siempre que sea lícita —art. 282, CCyCN—.

Finalmente, el Código unificado introduce en el art. 283 el reconocimiento del acto abstracto, el cual es típico en el caso de los títulos circulatorios como el cheque o el pagaré, los cuales circulan independientes de la causa que les da origen. Tienen causa pero, en principio, al momento de la circulación no se permite cuestionar la causa, aunque luego se podrá hacerlo entre las partes.

En el caso de inexistencia, falsedad o ilicitud de la causa, no son discutibles en el acto abstracto, mientras no se haya cumplido, excepto que la ley lo autorice.

1.2.3. La forma y la prueba de los actos jurídicos

Todo acto jurídico debe tener una forma como modo de exteriorizase, atento a lo expresado en el art. 260, CCyCN, sobre la necesidad de que la voluntad se exteriorice por medio de un hecho externo, una conducta, que puede estar establecida por la ley o haberse convenido entre las partes. Ello se encuentra autorizado en el Código unificado —art. 284, que establece la

(31) En este sentido, debe aplicarse el concepto de causa fin a los contratos —arts. 1012, 1013, 1014, 1075, 1090, 12, CCyCN—.

(32) LORENZETTI, RICARDO L., *Código Civil y Comercial comentado*, cit., t. II, p. 97.

(33) Este tema se relaciona con el art. 298, CCyCN —contradocumento—, arts. 333, 334 y 335, CCyCN –simulación–.

libertad de formas—. Esta libertad existe para la forma pero no para la prueba de los actos jurídicos que se rige por el orden público.

La prueba es toda la actividad y documentación relevante para demostrar judicialmente o fuera de ámbito la existencia de un acto.

En este tema hace referencia a los instrumentos o documentos donde se plasma o se contiene la exteriorización de voluntad de las partes acerca de sus derechos y obligaciones. El documento es un objeto material —un contrato, un pagaré— o inmaterial —la *web*, un correo electrónico— que contiene hechos relevantes jurídicamente. Carnelutti[(34)] expresa que es una cosa representativa, capaz de representar un hecho, explicando que tal representación es lo fundamental y no la manifestación del pensamiento.

Los instrumentos son los medios por los cuales quedan plasmados esos documentos, así, un contrato es un documento, ya que contiene hechos o actos de relevancia jurídica. Puede hacerse constar en un instrumento público con autenticidad suficiente o en un instrumento privado que alcanzará fecha cierta y autenticidad, valor probatorio, según el caso, cuando un escribano o funcionario público certifique las firmas obrantes en él.

La realidad es que parecen usarse indistintamente. Sin embargo, el término instrumento puede utilizarse con mayor o menor contenido en cada ocasión[(35)].

En este sentido se puede establecer una clasificación de los actos jurídicos:

Clasificación de los actos jurídicos según las formas

No formales o de forma libre: la ley no exige una forma expresa (contrato de locación, contratos asociativos —art. 1444, CCyCN—).

Formales: la ley requiere una forma determinada (contrato de compraventa de inmuebles).

- Formales probatorios o *ad probationem* (art. 1020, CCyCN).

---

(34) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Orientado a contadores*, cit., t. I, p. 83, citado por López del Carril, Gonzalo, concepto de documento e instrumento.

(35) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Orientado a contadores*, cit., t. I, p. 83, diferencia tres situaciones: a) instrumento que contiene todos los elementos del acto jurídico —sujeto objeto, causa— y es narrado documentalmente cumpliendo las solemnidades legales, ej., compraventa de bienes inmuebles o muebles, donde el instrumento contiene la totalidad del acto, sus requisitos, no sólo cláusulas reglamentarias; b) los instrumentos que contienen algunos elementos —*ticket* de supermercado—, no aparecen declaraciones contractuales, ni firma de las partes; podrían conformar instrumentos particulares no firmados; c) documentos que por sí solos no describen objeto ni causa fuente —números de guardarropas— cuando no aparecen elementos esenciales como objeto o causa no son instrumentos sino meros indicios probatorios.

- Formales no solemnes o de formalidad relativa (art. 1017, CCyCN —*leasing* de inmuebles—; fideicomiso de inmuebles —art. 1669—; art. 1618, CCyCN —cesión de derechos hereditarios—). Si no se cumple no surtirá sus efectos mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el cual las partes se han obligado a cumplir la formalidad —art. 285, CCyCN, salvo que ella se exija bajo sanción de nulidad—.

- Formales solemnes o de formalidad absoluta (art. 1552, CCyCN, requiere para donación de inmuebles, de muebles registrales y de renta continua o vitalicia, la escritura pública, bajo pena de nulidad; testamentos y matrimonio).

1.3. Los instrumentos públicos, privados, particulares

Las formas de los actos jurídicos pueden referirse tanto a *actos bilaterales* (donación, compraventa) como a *actos unilaterales* (testamento).

La expresión de voluntad puede hacerse verbalmente —en los casos en que no haya exigencia legal en contrario— o por escrito en cualquier soporte.

La prueba de la manifestación escrita de voluntad —art. 286 CCyCN—, la ley indica que puede tener lugar por los siguientes medios:

- Instrumentos públicos;

- Instrumentos privados o particulares firmados: la firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Consiste en el nombre de un firmante o en un signo. Si los instrumentos se generan por medios electrónicos —ley 25.506—, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho, si se utiliza una firma digital que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento.

- Instrumentos particulares no firmados: son todos los documentos escritos que carezcan de firma y los registros de palabra y de información; incluye impresos, registros visuales o auditivos de cosas o hechos y cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información —art. 287, CCyCN—.

1.3.1. Instrumentos públicos

El Código unificado —art. 289, CCyCN— ha simplificado la enunciación de los instrumentos públicos conformando tres supuestos que pueden incluir diferentes situaciones:

- Las escrituras públicas, sus copias o testimonios;
- Los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes;

- Los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión.

Competencia del funcionario: Para la validez de estos actos es necesario que el funcionario actúe dentro del ámbito de su competencia territorial y conforme a sus atribuciones, es decir, su competencia material, para aquellos actos para los cuales ha sido instituido por el Estado, sea en el ámbito público administrativo, como funcionario, o bien como escribano.

Los comparecientes al acto: Los documentos deben estar firmados por el oficial público y las partes, o por quienes éstas sean representadas. Quienes concurren frente a aquél son los comparecientes, sean partes o sus representantes, sea que tengan interés directo o no, sea que realicen un acto complementario —testigos, cónyuge que presta asentimiento conyugal—.

Como se ha mencionado, los otorgantes son las personas que concurren con interés directo en el negocio, sea por sí o por representante.

Defectos de forma: Carece de validez el instrumento público que tenga enmiendas, tachaduras, agregados, borraduras, entrelíneas y alteraciones que no estén debidamente salvadas. El instrumento público que no tenga la debida forma vale como instrumento privado si está firmado por las partes.

El contradocumento particular que altera lo expresado en un instrumento público puede invocarse por las partes, pero es inoponible contra los terceros interesados de buena fe.

La eficacia probatoria del instrumento público supone que, según el art. 297, CCyCN, aquél hace plena fe:

a) En cuanto a la realización del acto en tiempo, lugar y hechos ocurridos ante el oficial público hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal.

b) En cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario.

Es posible que respecto del instrumento público que contiene enunciaciones de diferente tipo se cuestione su falsedad, entendida, según Pelosi[36], como toda alteración de la verdad. Así, puede existir falsedad material cuando el documento no es genuino, por ejemplo, se redactó sin intervención de un oficial público. También puede referirse a una falsedad ideológica, cuando en el instrumento público se hacen afirmaciones no ver-

(36) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Orientado a contadores*, cit., t. 1, p. 85 —falsedad y nulidades instrumentales—.

daderas, tanto del oficial público interviniente como de las partes. En caso de una acción para desbaratar tal situación —redargución de falsedad—, es que el nuevo Código deja sentado el precepto de que el documento o acto guarda la fe pública concedida hasta tanto medie sentencia firme en contrario.

Definición de escritura pública: es el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público o de otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones que contienen uno o más actos jurídicos —art. 299, CCyCN—.

Los escribanos extienden copia o testimonio de las escrituras públicas que son instrumentos públicos, es decir, valen por sí mismos, en forma auténtica y hacen plena fe como la escritura matriz. Si existe alguna diferencia se estará a la escritura matriz.

Concepto de protocolo: es el que se forma con los folios habilitados para el uso de cada registro, numerados correlativamente en cada año calendario y con los documentos que se incorporan por exigencia legal o a requerimiento de las partes del acto.

Concepto de actas: son los documentos notariales que tienen por objeto la comprobación de hechos —art. 310 CCyCN—. A diferencia de las escrituras que contienen uno o más actos jurídicos tendientes a adquirir, modificar o extinguir relaciones y situaciones jurídicas, el acta tiene por fin testimoniar un acto que no es un negocio jurídico, por ejemplo, un acta de notificación, un acta de constatación.

Su valor probatorio se circunscribe a los hechos que el notario tiene a la vista, a la verificación de su existencia y estado. En cuanto a las personas, se verifica su identificación, si existe, dejando constancia de las declaraciones y juicios que emiten.

1.3.2. Instrumentos privados y particulares

Como se ha mencionado, estos instrumentos constituyen una clase de actos establecido por el Código Civil y Comercial a partir del art. 313, que ha incluido normativa nueva en orden a ellos.

Los instrumentos privados son los que se encuentran firmados por quienes intervienen en el acto. Si alguno de los firmantes de un instrumento privado no sabe o no puede firmar, puede dejarse constancia de la impresión digital o mediante presencia de dos testigos que deben suscribir también el instrumento.

En comparación con los instrumentos públicos, los privados no gozan de presunción de autenticidad. Para que la alcancen se ha implementado el reconocimiento de firma.

El reconocimiento de firmas es un acto que debe realizar todo aquel contra quien se presente una firma cuya forma se le atribuye, y debe manifestar si ésta le pertenece.

El reconocimiento de la firma importa el reconocimiento del cuerpo del instrumento privado. Ese instrumento privado reconocido, o declarado auténtico por sentencia o cuya firma está certificada ante escribano, no puede ser impugnado por quienes lo reconocieron, excepto por vicios en el acto del reconocimiento.

El documento privado con firma certificada por escribano implica la comprobación del hecho de que una persona que ha identificado conforme al art. 306, CCyCN, ha estampado la firma en su presencia y emitirá una certificación notarial en este sentido. No transforma en público al instrumento, ni supone responsabilidad para el escribano en cuanto al contenido del documento, ni le otorga fe pública a sus expresiones, sólo certificó las firmas de los otorgantes.

La eficacia probatoria de los instrumentos privados reconocidos se extiende a los terceros desde su *fecha cierta*, la cual se adquiere el día en que acontece un hecho del que ineludiblemente resulta que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después.

Las enmiendas: Los instrumentos pueden salvarse cuando tengan raspaduras, enmiendas o entrelíneas que afecten partes esenciales del contrato, con las firmas de las partes. Si no deberá el juez determinar la fuerza probatoria del instrumento.

1.4. Los vicios y modalidades de los actos jurídicos

En el punto anterior se ha desarrollado el tema referente a los vicios de la voluntad.

Existen además otros vicios o defectos que pueden viciar al acto jurídico, son propios de él y conforman defectos de la buena fe, y ellos suponen alterar los efectos de los actos jurídicos. Éstos son: la lesión, la simulación y el fraude.

Es posible reconocer también modalidades determinadas por las partes que alteran o supeditan el cumplimiento del acto jurídico. Conforman elementos accidentales de los actos y son: la condición, el plazo y el cargo.

1.4.1. Vicios de los actos jurídicos:

- *La lesión*

La lesión se produce cuando una de las partes, explotando la necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia de la otra, obtiene por medio de ellos una

ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación —art. 332, CCyCN—.

Requisitos para que se configure la lesión:

a) Elementos subjetivos

1. una persona se encuentra en alguna de las siguientes situaciones de inferioridad:

- situación de necesidad que pone en peligro su vida, su salud, su integridad, sus bienes, de tal magnitud que la obliga a celebrar el acto.
- situación de debilidad psíquica que le impide dimensionar las consecuencias del acto.
- situación de inexperiencia, le faltan conocimientos por falta de edad o de cultura.

2. una persona que se aprovecha de la situación de la víctima es contrario a la buena fe, porque aun cuando no ha provocado la situación de inferioridad, se aprovecha o maneja la situación.

b) Elemento objetivo: es la obtención de una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

c) Requisitos formales:

1. La desproporción debe ocurrir al momento de celebrar el acto y subsistir hasta la interposición de la demanda.

2. Debe tratarse de un acto jurídico conmutativo y oneroso.

3. La prueba de los recaudos de configuración corresponde a la víctima y sus herederos, son los únicos legitimados.

d) Efectos: la persona afectada puede demandar la nulidad y el reajuste.

El demandado puede ejercer la acción de reajuste de las prestaciones ofreciendo equilibrar la parte con la cual sacó ventaja.

Las acciones prescriben a los dos años contados desde la fecha en que la obligación a cargo del lesionado debía ser cumplida —arts. 2562 y 2563, CCyCN—.

- *La simulación*

La simulación se produce cuando:

- se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro.
- el acto contiene cláusulas que no son sinceras o fechas que no son verdaderas.

- cuando se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas que son aquellas a quienes en realidad se constituyen o transmiten.

Contiene tres elementos esenciales: se concreta un acto jurídico a través de un acuerdo de simulación entre las partes con el fin de engañar a terceros.

Supone que las partes realizan un acto o negocio jurídico que no es verdadero con la finalidad de engañar a terceros, aun cuando no es ilícita. Será absoluta cuando las partes aparentan celebrar un acto pero no tienen esa intención. Será relativa cuando se realiza un acto diferente al que aparece en la realidad (por ejemplo, una compraventa que en realidad es una donación; contiene una fecha que no es la real en la cual se realiza el acto).

La simulación puede ser lícita o ilícita, según si la intención de las partes es la de perjudicar a un tercero o de violar la ley. Cuando sea ilícita podrá ser declarada nula, incluso por los terceros, conforme con el art. 336, CCyCN.

La figura que aparece es la instrumentación de un contradocumento para que una de las partes pueda probar la simulación —art. 335 CCyCN—, es la prueba fundamental entre las partes.

Entre las partes sólo puede haber acción de simulación para los casos en que una de las partes desconozca el acuerdo de simulación, lo cual presupone la licitud. Porque, de lo contrario, nada podrán reclamarse entre sí las partes.

Los efectos de la nulidad frente a terceros se encuentran regulados en el art. 337, CCyCN.

La acción de simulación prescribe conforme a lo mencionado en el art. 2562, CCyCN.

- *El fraude*

Se configura cuando el deudor celebra actos de disposición en perjuicio de sus acreedores. Por este motivo, la ley le concede al acreedor una acción de revocatoria o pauliana. El Código, en el art. 338, establece los efectos de este vicio: el acreedor podrá solicitar la declaración de inoponibilidad de los actos celebrados por su deudor en fraude de sus derechos e incluso de las renuncias al ejercicio de derechos o facultades con los que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna.

De modo que ahora se especifica cuáles son los actos que pueden impugnarse, menciona expresamente el efecto de la inoponibilidad de los actos realizados por el deudor.

Los requisitos que deberá demostrar el acreedor para el ejercicio de la acción son:

- poseer crédito de fecha anterior al acto impugnado;

- que el acto haya causado o agravado la insolvencia del deudor;
- que el tercero haya sido cómplice del deudor.

Los efectos frente a terceros están establecidos en el art. 340, CCyCN.

La acción de los acreedores se extingue si son desinteresados o el deudor da garantía suficiente.

1.4.2. Modalidades de los actos jurídicos

- *Condición*

Conforme con el art. 343, CCyCN, se puede definir como la cláusula de los actos jurídicos por la cual las partes subordinan la adquisición o pérdida de un derecho a un futuro o incierto.

La condición es *suspensiva* cuando se supedita la *adquisición de un derecho* a la realización del hecho previsto. Es *resolutoria*, cuando da lugar a la *extinción* del derecho

Se encuentran prohibidas las condiciones imposibles, contrarias a la moral y buenas costumbres

Conforme con el art. 346, CCyCN, la condición no opera retroactivamente, excepto pacto en contrario.

- *Plazo*

Es una modalidad del acto que tiene por fin diferir o limitar en el tiempo los efectos de un acto jurídico. Se posterga el ejercicio de los derechos a los cuales se refiere.

El plazo siempre se dirige a un hecho futuro y necesario. La condición también se encamina a un hecho futuro, pero que no se sabe si ocurrirá o no.

El plazo se presume fijado a favor del deudor a menos que, por la naturaleza de la obligación de que se trate o por las circunstancias, pueda inferirse que ha sido previsto a favor de ambas partes o bien del acreedor. Es una presunción *iuris tantum*, o sea, que puede ser desvirtuada.

Ahora el deudor podrá pagar antes, y si el acreedor no quiere recibir el pago, podrá consignarse judicialmente, antes debía hacerse en la fecha justa de vencimiento.

- *Cargo*

Esta modalidad es definida por el art. 354, CCyCN. Se trata de una obligación excepcional y obligatoria que se impone al adquirente de un derecho, o a quien recibe una liberalidad.

No es un hecho ajeno a la voluntad como la condición o el plazo.

Se trata de una obligación que debe cumplir una de las partes. Es accesoria a la adquisición de un derecho, por ejemplo, una donación con cargo de mantener al donante. Es excepcional, es independiente del derecho.

El cargo puede ser simple o resolutorio, este último, si no se cumple, supone la pérdida de la obligación.

1.5. La representación

Comienza el art. 358, CCyCN, mencionando que los actos jurídicos entre vivos pueden ser celebrados por medio de representante, excepto en los casos en que la ley exige que lo sean por el titular.

1.5.1. Disposiciones generales

La representación es una situación jurídica que nace a través del mandato y se instrumenta en el poder o procura. Ese poder legitima, acredita, a quien ejerce la representación. Esa representación puede ser:

- *Voluntaria*, cuando resulta de un acto jurídico. Aquí se puede distinguir una noción que la doctrina actual entiende que corresponde al *apoderamiento* que una persona hace respecto de otra, que se da dentro del marco de la representación voluntaria, pero que no requiere aceptación por parte del apoderado, facultándolo para que realice determinados actos, que consta en el poder. El *mandato* es un negocio jurídico y a veces se lo confunde con la representación, sin embargo, son categorías diferentes. Puede haber mandato sin representación, por ejemplo, cuando se encarga la realización de un acto cumplido en nombre del mandatario, es decir, sin que vincule al mandante. Se concluye entonces con que la representación convencional puede ser causada por un contrato de mandato, por una sociedad para que nombre representante social. Como define Lorenzetti(37), los contratos son actos jurídicos bilaterales —como el mandato—, la representación es un acto jurídico unilateral.

- *Legal*, cuando resulta de una regla de derecho (los padres son representantes de sus hijos menores de edad, el curador es el representante legal del incapaz; el presidente del directorio de una sociedad anónima es el representante legal de la sociedad).

- *Orgánica*, cuando resulta del estatuto de una sociedad (los gerentes representan a la sociedad).

---

(37) Lorenzetti, Ricardo L., *Contratos. Parte especial*, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 413

En el artículo de referencia se aclara que también se aplica lo reglado para la representación en las relaciones de familia.

Efectos: los actos celebrados por el representante en nombre del representado y en los límites de las facultades conferidas por la ley o por el acto de apoderamiento, producen efectos directamente para el representado.

Limitaciones de facultades: si existen supuestos no autorizados y limitaciones o extinción del poder, pueden ser opuestos a los terceros si éstos las conocen o pudiesen conocerlos actuando con debida diligencia —art. 361, CCyCN—. El acto en estos casos no será nulo, por lo tanto, eficaz entre representante y representado, sin embargo, será inoponible a los terceros.

1.5.2. La representación voluntaria

A partir del art. 362, el Código Civil y Comercial regula específicamente la representación voluntaria referida a los actos que el representado puede otorgar por sí mismo. La ley aclara que los límites de la representación, su extinción y las instrucciones que el representado dio a su representante, son oponibles a terceros si éstos han tomado conocimiento de tales circunstancias o debieron conocerlas obrando con cuidado y previsión.

1.6. La ineficacia de los actos jurídicos

1.6.1. Disposiciones generales

El art. 382, CCyCN, claramente indica que los actos jurídicos pueden ser ineficaces —no surten efectos— debido a la nulidad —vicios internos del acto o solemnidades no cumplidas— o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas.

El Código unificado define dos clases de actos jurídicos ineficaces:

a) Actos nulos. El acto pierde sus efectos, quedando a resguardo algún derecho de un tercero de buena fe y a título oneroso respecto de adquisición de cosas inmuebles. Los efectos se producen frente a todos.

La nulidad, además, puede ser:

- absoluta - total.

- relativa - parcial.

La nulidad debe alegarse por vía de acción o de excepción[38].

---

(38) Es el medio de defensa que tiene el demandado para oponer, frente a la pretensión de quien le reclama —actor— las cuestiones que afectan la validez procesal o sustancial de determinados hechos o actos. Por ejemplo, si al deudor lo demandan por el cumplimiento de un contrato, él podría oponer la nulidad para excepcionar de tal cumplimiento.

Se plantea en defensa de los intereses[39] que estarían en juego si no se declarase.

b) Actos inoponibles. El acto es válido, pero se ve privado de sus efectos respecto de determinadas personas a las cuales la ley protege, por ejemplo, el acreedor defraudado que interpone la acción revocatoria; cuando se constituyeron derechos reales sobre inmuebles y no se inscribió, es inoponible a terceros.

Convalidación: Conforme con el art. 384, CCyCN, el acto nulo puede convertirse en otro diferente válido para resguardar los intereses de las partes, y siempre que el acto nulo ostente todos los requisitos formales y sustanciales del que se convierte.

Acto indirecto o de finalidad indirecta: El art. 385 regula el acto indirecto como el celebrado para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto, lo cual es válido si no hay fraude en la intención de las partes, es decir, que no se pretenda afectar la ley o a un tercero. No son actos simulados, aunque tengan la apariencia de otro acto, porque lo que se simula no es en realidad lo querido por las partes. En el acto indirecto se realiza lo pretendido para lograr una finalidad, pero por un camino alternativo, por ejemplo, cuando quien tiene una obligación frente a otro, lo faculta para que perciba de un tercero lo que debe —es el mandato irrevocable para el acreedor—.

1.6.2. Nulidad absoluta y relativa

El Código Civil y Comercial distingue —art. 386— entre nulidades absolutas —art. 387— y relativas —art. 388— en orden al interés protegido. En el primero, lo será el orden público, la moral, las buenas costumbres. En el segundo, será la protección de determinadas personas.

Nulidad absoluta: puede ser declarada por el juez incluso sin petición de parte si es manifiesta. No es confirmable por la parte afectada, porque es un interés social el que está en juego. No puede sanearse por la prescripción, debido a que se funda en un vicio contra el orden público que no podría salvarse por el transcurso del tiempo.

Nulidad relativa: es declarada por el juez a instancia de la parte interesada por su declaración, salvo si la otra parte es de buena fe y se vio perjudicada. Puede sanearse o subsanarse por la confirmación y la acción de prescripción.

1.6.3. Nulidad total o parcial

Nulidad total: el vicio interno afecta a todo el acto.

---

(39) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Orientado a contadores*, cit., t. 1, p. 100, *e-book*, acción de nulidad, comentario de Pagés Nogueras, Roberto.

Nulidad parcial: el vicio interno afecta a algunas partes o cláusulas o disposiciones del acto. Si no es posible separar las disposiciones, se declara la nulidad total. En su caso el juez deberá integrar el acto según la naturaleza y los intereses en juego que puedan considerarse perseguidos por las partes. Se aplica el principio de conservación por el cual el juez se encuentra facultado legalmente para salvar la validez del acto una vez que se declararon nulas las disposiciones viciadas.

1.6.4. Efectos de la nulidad

1) Pronunciada la nulidad, las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes del acto declarado nulo debido al principio de retroactividad del art. 390.

2) Si el acto no se ejecutó, nada deben restituirse las partes. Si alguna pidiera el cumplimiento de las disposiciones del acto, la otra podrá oponerle como excepción la nulidad.

3) Si el acto se ejecutó total o parcialmente, las partes deberán restituirse lo que entregaron por el acto que luego devino nulo

4) Al producirse la nulidad del acto jurídico se impide el cumplimiento de sus efectos normales, pero sí se cumplirán los efectos de los simples hechos en general, ya sea un simple acto lícito, un hecho ilícito o la conversión en otro acto lícito.

5) Si se quedara convertido en un hecho ilícito, el perjudicado podrá exigir daños. La licitud o ilicitud surgirá de las particularidades del caso.

6) Respecto de la acción de restitución, que procede incluso contra los terceros y en aplicación del principio de apariencia, no se seguirá por imperativo legal contra los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso sobre bienes muebles registrables o inmuebles —referidos a derechos reales y personales— quedan exceptuados de tal obligación —art. 392, CCyCN—.

1.6.5. La confirmación

El art. 393, CCyCN, regula un acto jurídico que puede realizar la parte que ha sufrido los efectos del acto nulo una vez que ha desaparecido la causa de nulidad con el fin de convalidarlo. Debe darse dentro del marco de una nulidad relativa. Si se convalida, se renuncia a la posibilidad de requerir su nulidad.

Puede ser expresa, en instrumento público o privado, o bien tácita, al cumplirse total o parcialmente el acto nulo una vez conocida la causa de nulidad.

Es el caso de los actos realizados por menores de edad que no han alcanzado la mayoría de edad —18 años—, pero si tienen 13 años y realizan algún tipo de acto y lo cumple o p

Estos actos se encuadran dentro de la convalidación.

1.6.6. La inoponibilidad

La inoponibilidad de un acto puede analizarse desde distintas situaciones que la producen y se relaciona con la ineficacia, ya que el acto inoponible es ineficaz.

El acto inválido por vicios sustanciales, intrínsecos, también será ineficaz e inoponible. Por ejemplo, un acto realizado con el consentimiento viciado. Será una inoponibilidad sustancial.

El acto inválido por vicios sustanciales puede surtir efectos de inoponibilidad frente a todos salvo frente a algunos terceros que no se verán alcanzados por este efecto de ineficacia, como sería el caso del adquirente de buena fe de un bien registral, al cual no se le puede oponer la reivindicación del bien por la sentencia de nulidad. Se trata de una inoponibilidad negativa.

El acto válido puede ser inoponible si carece de algún requisito formal, por ejemplo, no se le publicó en el Boletín Oficial. Será una inoponibilidad formal.

Un acto válido entre las partes y eficaz entre ellas y frente a todos, puede perder eficacia y ser inoponible a determinadas personas. Sería el caso del deudor que realizar actos en fraude de su acreedor, quien demanda judicialmente a través de una acción revocatoria. Si la gana, el acto le será inoponible. Se trata de una inoponibilidad positiva.

En el Código unificado la inoponibilidad se refiere a los efectos frente a terceros. No en cuanto a la obligación en sí misma, a su estructura. Es decir, que se determina en orden a si se trata de su oponibilidad *erga omnes*[(40)].

El art. 396, CCyCN, establece que el acto inoponible es el que no tiene efectos frente a terceros excepto en los casos previstos por la ley.

De manera que es un supuesto de ineficacia relativa del acto, esto es, que se refiere a un acto en particular. Además, contempla la inoponibilidad negativa.

La inoponibilidad puede hacerse valer en cualquier momento, sin perjuicio del derecho de la otra parte a oponer la prescripción o la caducidad —art. 397, CCyCN—, por ejemplo, en el caso de fraude la acción prescribe a los dos años desde que se conoció o pudo conocerse el fraude, con lo cual si el tiempo transcurre, podría serle opuesta al acreedor la prescripción en virtud del art. 2562, CCyCN.

---

(40) Lorenzetti, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, cit., t. II, p. 546, interpretando y comentando el art. 396, CCyCN, cita a Nieto Blanc y Zannoni y expresa las conclusiones referidas.

2. TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS

Finalmente, el Código Civil y Comercial trata dentro del Libro Tercero, en su último título, pautas respecto a la transmisión de los derechos.

La normativa podría sintetizarse del siguiente modo:

1) Pueden transmitirse todos los derechos —art. 398, CCyCN—.

2) Según la causa de la transmisión puede ser por actos entre vivos, por voluntad de un individuo que transfiere a otro el derecho, por ejemplo, por una compraventa o una donación, o por causa de muerte del causante —*mortis causa*—.

3) Según la extensión del derecho que se transmite puede ser universal (es el caso de la transferencia de la totalidad de un patrimonio, pudiendo los herederos recibir todo o una parte), o bien particular (la transmisión se refiere a un objeto determinado).

4) En cuanto a la fuente de la transmisión, ella puede provenir de la voluntad de una persona o de la ley (es el caso de la herencia legítima).

5) No son transmisibles los derechos cuando existe una estipulación válida entre las partes.

6) No los son cuando exista una prohibición legal. En este sentido, no pueden cederse los derechos inherentes a la persona humana —art. 1617 CCyCN—.

7) Tampoco cuando importe transgresión a la buena fe, la moral o las buenas costumbres.

8) Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, salvo las excepciones legales al respecto —art. 399, CCyCN—.

9) Los sucesores universales reciben todo o una parte indivisa del patrimonio de otro —art. 400, CCyCN—.

10) Los sucesores singulares reciben un derecho en particular.

11) Se introduce, dentro de la amplitud de la transmisión de derechos que regula el Código unificado, la posibilidad de realizar pactos sobre herencia futura, es decir, determinar cómo se organizará la empresa a futuro, o sea que podrá realizarse la sucesión de una empresa. Será un instrumento vital en el marco de las empresas familiares[41]—art. 1010, CCyCN—.

---

(41) MEIJIDE CASTRO, MARINA, *Código Civil y Comercial, comentado. Orientado a contadores*, cit., t. I, comentario al art. 400, punto 3, "Novedad en materia de transmisión de derechos. Pactos de herencia futura".

3. Obligaciones en general

El Libro Tercero del Código Civil y Comercial, referido a los derechos personales, inicia su desarrollo sobre el tema de las obligaciones regulándolas de manera general y las define específicamente. Dentro de esa estructura general aparecen tanto el débito como la responsabilidad que presuponen la relación jurídica dentro de la cual se enmarcan. Cuando se piensa en los derechos subjetivos que tiene toda persona, inmediatamente surge la idea de exigibilidad de cumplimiento. Ello supone que habrá un acreedor que exigirá el cumplimiento porque tiene derecho a hacerlo. Del otro lado, se ubicará aquel que deberá satisfacer esa expectativa, porque precisamente tiene desde el lugar que ocupa en la relación jurídica, como sujeto pasivo, una obligación jurídica asumida en virtud de una causa que le dio origen. El fin de cumplir con esa obligación, objeto de la prestación que deberá realizar, será liberarse, extinguir la obligación.

De manera que existen dos momentos sucesivos que ya marcaba la doctrina alemana: primero, el puro débito, el deber de cumplimiento que nace junto a la obligación y luego la responsabilidad que sobreviene después del incumplimiento y supone ejecutar los bienes del deudor(42).

No se incluyen en el concepto las obligaciones naturales, o sea, las que se dan en orden a un deber moral o que no son exigibles, como los casos de las deudas de juego o aquellas cuya acción ha prescripto. Ello se corrobora en el art. 728, CCyCN, que establece que lo entregado en cumplimiento de deberes morales o de conciencia es irrepetible, es decir, no genera obligación ni reclamo alguno.

Como sostiene la doctrina(43), la obligación ha nacido para morir y ello ocurrirá en el momento en que se produzca el pago, el cumplimento, ése es, al menos, el camino normal. Pero si el camino es el del incumplimiento, y la expectativa del acreedor se frustra, se cambiará de rumbo hacia la anormalidad. Ambos caminos o momentos de la relación jurídica, que supone el nacimiento de la obligación, conforman el contenido de las obligaciones desde que se originan hasta que irremediablemente finalizan, normal o forzadamente.

La unificación de los Códigos ha sido muy productiva al promover pautas que den seguridad jurídica a la actividad económica. Por ejemplo, en el régimen de obligaciones. Ahora es definida como deuda y como responsabilidad —art. 724, siendo su objeto la prestación, art. 725. Se protege al crédito

---

(42) Borda, Alejandro – Borda, Delfina – Borda, Guillermo, *Manual de derecho privado*, cit., p. 199.

(43) Martínez, Jorge P., "El concepto normativo de la obligación", LA LEY, 2015-A, 656, online: AR/DOC/4403/2014.

a través de la mora automática —art. 886—, la promesa autónoma de deuda —art. 734— y las obligaciones concurrentes.

3.1. Disposiciones generales; acciones y garantía común

El art. 724, CCyCN, define a la obligación diciendo que es una *relación jurídica* en virtud de la cual: 1) el *acreedor tiene el derecho* —sujeto activo— a *exigir del deudor* —sujeto pasivo— *una prestación destinada a satisfacer* —objeto jurídico— un *interés lícito* —válido— y, 2) ante *el incumplimiento* —responsabilidad—, a *obtener forzadamente la satisfacción de dicho interés* —derecho de reparación—.

Pueden apreciarse dos momentos referidos a la obligación: el primero, normal, en el cual el deudor adquiere protagonismo y el segundo, anormal, que supone el incumplimiento de la obligación.

De la definición legal se pueden establecer los elementos que conforman la obligación y sus requisitos:

1) Relación jurídica, es decir, entre dos partes, sujeto activo y sujeto pasivo.

2) Un acreedor que ostenta su derecho y tiene la expectativa de cumplimiento.

3) Un deudor cuyo patrimonio deberá responder en función de la deuda.

4) Una prestación u objeto de la relación, lícita, y que sea posible material y jurídicamente, determinada o determinable —con posibilidad de determinarla—, todo lo cual es en orden a lo establecido en el art. 279, CCyCN, sobre el objeto de los actos jurídicos, que no sea contrario al orden público, moral y buenas costumbres, ya que guarda la misma esencia. De igual modo se replica en los arts. 1003, 1004 y 1005, referidos al objeto de los contratos.

La prestación debe ser susceptible de valoración económica, lo cual supondrá, en caso de incumplimiento, la medida del resarcimiento que pueda reclamarse. A su vez, debe corresponder a un interés patrimonial o extrapatrimonial —moral— del acreedor.

5) Ante el incumplimiento aparece el derecho de reparación.

- *La causa de la relación jurídica*

Es un presupuesto imprescindible, la ley dice algún hecho idóneo para producirlo —art. 726, CCyCN—.

Se aplican todos los recaudos referentes a la causa de los actos jurídicos, como se ha desarrollado oportunamente, se trata de la causa fin como se desprende del art. 727 y que alude a la *existencia de la obligación, ya que ella*

no se presume. Pero probada su existencia, se presume que procede de fuente legítima.

Se vincula a los arts. 1013, CCyCN, de contratos, 1090, CCyCN, rescisión por frustración definitiva de la finalidad del contrato, 1014, CCyCN, nulidad por la causa ilícita.

- *La buena fe*

Establece la ley, en el art. 729, CCyCN, que deudor y acreedor deben actuar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe, al igual que el art. 9°, CCyCN, configurando un principio rector de la relación jurídica.

- *Efectos de la obligación con relación al acreedor —art. 730, CCyCN—*

El acreedor tiene los siguientes derechos en el ámbito de la relación jurídica:

a) Emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello a lo que se ha obligado.

b) Hacérselo procurar por otro a costa del deudor.

c) Obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes.

Si el incumplimiento de la obligación, cualquiera que sea su fuente, deriva en litigio judicial o arbitral, la responsabilidad por el pago de las costas, incluidos los honorarios profesionales, de todo tipo, allí devengados y correspondientes a la primera y única instancia, no debe exceder del veinticinco por ciento del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Si las regulaciones exceden el porcentaje, el juez debe prorratear los montos entre los beneficiarios. Para el cómputo del porcentaje indicado no se toman en cuenta los honorarios de los profesionales que han asistido, representado o patrocinado a la parte condenada en costas.

Debe tenerse en cuenta que en el supuesto b), de hacérselo procurar por otro, no será posible en el caso de obligaciones de dar cuando la cosa se halle en poder del deudor; en referencia a las obligaciones de hacer que se concretaron en virtud de la cualidades del deudor, y en caso de la obligaciones de no hacer.

- *Efectos con relación al deudor —art. 731, CCyCN—*

El cumplimiento de la obligación confiere al deudor el derecho de obtener la liberación y el de rechazar las acciones del acreedor. Es necesario que se entregue al deudor el recibo de pago, o el documento, si se trata de una deuda documentada como el caso de un pagaré.

3.1.1. Acciones y garantía común de los acreedores

El patrimonio del deudor es prenda común de los acreedores, es decir, cumplen una función de garantía como se expresa en el art. 242, CCyCN. La limitación(44) son los bienes que se declaran inembargables e inejecutables. Salvo esta limitación, los bienes presentes y futuros del deudor están afectados al cumplimiento.

- *La acción directa*

El acreedor podrá ir contra esos bienes, e incluso tendrá acción por propio derecho y en su exclusivo beneficio, hasta el importe de su propio crédito para obtener en forma directa lo que un tercero le debe a su deudor. Es una acción de ejecución(45).

Se encuentra establecida en el art. 736, CCyCN, con las características mencionadas. Es una acción excepcional, de interpretación restrictiva y procede en los casos previstos legalmente.

Los requisitos de procedencia de la acción directa son —art. 737, CCyCN—:

a) crédito exigible del acreedor contra su propio deudor.

b) deuda correlativa exigible del tercero demandado a favor del deudor.

c) homogeneidad de ambos créditos entre sí.

d) los créditos no han sido objeto de embargo antes de promoverse la acción.

e) se cita al deudor al juicio.

Los efectos de la acción directa son —art. 738, CCyCN—:

a) la notificación traba el embargo del crédito a favor del demandante.

b) el reclamo prospera hasta el monto menor de las obligaciones.

c) el tercero podrá oponer todas las defensas contra su propio acreedor y el demandante.

d) el monto percibido por el actor ingresa directamente a su patrimonio.

e) el deudor se libera frente a su acreedor según corresponda por el pago efectuado por el demandado.

---

(44) El art. 744, CCyCN, establece los bienes excluidos de la garantía común.

(45) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Con orientación a contadores*, cit., t. II, comentario de Seratti, Agustín, “Obligaciones en general”.

- *La acción subrogatoria —indirecta u oblicua—*

Conforme con el art. 739, CCyCN, el acreedor de un crédito cierto, exigible o no, puede ejercer judicialmente los derechos patrimoniales de su deudor, si éste es remiso en hacerlo y esa omisión afecta el cobro de su acreencia.

Se trata de una acción de conservación del patrimonio del deudor que puede ejercer el acreedor, considerando que el patrimonio es una garantía para el cumplimiento de sus obligaciones, y si el obligado se muestra inactivo para resguardar los bienes o no para incorporar otros, será el acreedor quien estará legitimado para hacerlo.

- *Medidas cautelares: El embargo —art.745, CCyCN—*

Se trata de una medida cautelar que debe ser concedida por el juez a pedido del acreedor, respecto de los bienes del deudor. El primer embargante tendrá derecho a cobrar con prioridad la totalidad de su crédito, intereses y costas. Para que proceda la acción, habrá que citar al deudor.

Quedan excluidos de la acción:

a) los derechos y acciones que por su naturaleza o la ley sólo pueden ser ejercidos por el titular.

b) los derechos y acciones sustraídos de garantía colectiva de los acreedores.

c) las meras facultades, excepto que de su ejercicio pueda resultar una mejora en la situación patrimonial del deudor.

Pueden oponerse al acreedor todas las excepciones y causas de extinción del crédito, aun cuando provengan de hechos del deudor posteriores a la demanda, siempre que éstos no sean en fraude de los derechos del acreedor.

3.2. Clases de obligaciones

Para comprender las diferentes clases de prestaciones u obligaciones, que pueden suponer cumplimiento de su objeto, pueden establecerse clasificaciones al respecto. En principio, puede pensarse en la mención legal de cada una de ellas y la regulación que se hace a partir del capítulo 3 sobre clases de obligaciones. Resulta pertinente tener en cuenta las diferentes posibilidades ya que encuadrará a la obligación, si bien con elementos comunes de la relación jurídica obligaciones, además con las propias especificaciones de acuerdo con los criterios con que las partes hayan decidido establecer el objeto de la obligación.

- Criterio de clasificación en cuanto al objeto, o a la prestación a cargo del deudor. En principio se observa que el Código Civil y Comercial no establece el criterio clasificatorio, aunque sí menciona cada clase de estas obligacio-

nes, pero regulándolas directamente. Delimitar cuál es será la cosa objeto que encuadrará en una obligación de dar, admite muchas variables.

Obligaciones de dar pueden tener por objeto la entrega de cosas ciertas, inciertas, fungibles o no fungibles, de dar cantidad de cosas (según peso, medida o numero) o de dar sumas de dinero. El art. 16, CCyCN, habla de bienes, y dentro de los bienes refiere a las cosas como bienes materiales. Sin embargo, el art. 764 menciona la posibilidad de obligación referida a bienes a los cuales se les aplicará la normativa sobre obligaciones de dar cosas —parágrafos uno a cuatro—[46].

Los arts. 746 y ss. especifican el caso del deudor de cosa cierta obligado a conservarla y entregarla en el mismo estado en que se encontraba al momento de contraer la obligación.

El art. 765 regula la obligación de dar dinero —permite al deudor liberarse pagando el equivalente en moneda de curso legal, lo cual representa una obligación de dar una cosa—. Luego se agrega: debiendo el deudor entregar la cantidad correspondiente de la especie designada conforme art. 766. De la lectura de ambas pautas legales se puede observar cierta contradicción. En este sentido, parecería que, para evitar complicaciones interpretativas, sería conveniente que las partes dejen pactada la posibilidad contemplada en el art. 765, tal como se expresa la opinión doctrinaria que se menciona, fundada en el art. 965 y 1 , CCyCN, y 17 de la Constitución Nacional[47].

Las obligaciones de dar sumas de dinero incumplidas pueden generar la obligación accesoria de pagar intereses, que son frutos civiles del capital.

- *Intereses moratorios*: se pagan por el retardo en el cumplimiento, es decir, reparación por la demora en restituir en tiempo y forma —art. 768, CCyCN—.

- *Intereses compensatorios*: se pagan ante la imposibilidad de usar el capital para otra actividad económica durante el tiempo que se verificó el incumplimiento, lo cual supone que se pagan en virtud de haber utilizado el capital ajeno —art. 767, CCyCN—.

---

(46) Se refieren a las disposiciones generales sobre obligaciones de dar, sobre dar cosas ciertas para constituir derechos reales, obligaciones de dar para restituir y obligaciones de género.

(47) *Código Civil y Comercial comentado. Orientado a contadores*, cit. t. II, comentario de POLO OLIVERA, GASTÓN, acerca del conflicto entre el Código Civil y Comercial, arts. 765 y 766. Solución interpretativa integral del plexo normativo: teniendo en cuenta que los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad de los contratantes, el cual goza de reconocimiento constitucional y siendo que el art. 1°, CCyCN, dispone que los casos regidos por el Código deben ser resueltos conforme las leyes aplicables y de conformidad con la Constitución Nacional aparece imperativo concluir que la alternativa cancelatoria prevista en el art. /&% CCyCN, debe ser pactada en el convenio, a los efectos de su operatividad en el marco de las obligaciones de fuente contractual.

- *Intereses punitorios*: funcionan y se rigen como la cláusula penal para conminar al pago en tiempo y forma —art. 769, CCyCN—. Y además, si se produce la mora, se ha establecido con anterioridad el monto de la reparación por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento en concordancia con el art. 793.

Por último, se debe tenerse presente la regla del art. 770, sobre anatocismo, en la cual se prohíbe en principio el pago de intereses de intereses. O sea, la capitalización del interés que devenga intereses, situación que puede configurar usura.

Obligaciones de hacer consisten en la obligación de realizar o prestar algún servicio en tiempo, lugar y modo convenido por las partes —art. 773—.

En esta materia se ha dado un importante desarrollo con el código unificado para responder al auge que han tenido los servicios en la economía y en relación con los contratos de obra y servicios —arts. 1251 y ss.—.

Obligaciones de no hacer se basan en la abstención u omisión de un acto que el deudor normalmente estaba facultado a realizar. Según el art. 778, tiene por objeto la abstención del deudor o tolerar una actividad ajena.

3.3. Criterio de clasificación de las obligaciones de objeto múltiple

Obligaciones alternativas. Estriban en la elección que puede hacer el deudor entre una u otra prestación. El art. 779 expresa que tiene por objeto una prestación entre varias que son independientes y distintas entre sí, debiendo el deudor cumplir una sola de ellas.

Obligaciones facultativas. El art. 786 establece que tiene una prestación principal y otra accesoria. El acreedor sólo puede exigir la principal, pero el deudor puede liberarse cumpliendo la accesoria, opción que tiene hasta el momento del pago.

3.4. Cláusula penal

Supone un modo de compeler al cumplimiento estableciendo una multa o pena en caso de retardar o de no ejecutar la obligación —art. 790—. *Las sanciones conminatorias* son impuestas por los jueces en beneficio del titular del derecho ante el incumplimiento de los deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial —art. 804—.Se trata de obligaciones accesorias según su objeto, ya que si no se cumple la obligación principal, se debe pagar la prestación accesoria que es la pena

3.5. Criterio de clasificación según el cual la obligación puede ser cumplida parcialmente

Obligaciones divisibles, son aquellas en las cuales la prestación pueda ser cumplida parcialmente.

Obligaciones indivisibles, aquellas en las que la prestación no pueda ser cumplida parcialmente, conforme a los casos establecidos en el art 814, CCyCN, acerca de los casos de indivisibilidad y art. 815, referente a las clases de prestaciones que se consideran indivisibles.

3.6. Criterio de clasificación de las obligaciones de sujeto plural, existen más de un deudor o más de un acreedor

Obligaciones simplemente mancomunadas —art. 825, CCyCN—, en las que el crédito o la deuda se fracciona en tantas relaciones particulares independientes entre sí como acreedores o deudores haya. Se verán afectadas según si su objeto es divisible o indivisible —art. 826, CCyCN—. Si es divisible, cada deudor deberá sólo una parte o bien cada acreedor podrá sólo reclamar la suya; pero si la obligación es indivisible, cada deudor debe cumplir la totalidad de la prestación y cada acreedor podrá exigir la totalidad —arts. 808, 816, 817—.

Obligaciones solidarias —art. 827—, hay solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una *causa única* cuando, en razón del título constitutivo o de la ley (que la diferencia de la obligación indivisible), su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores. El Código Civil y Comercial exige ahora que la pluralidad de sujetos haya nacido de una causa única, diferenciándola de la obligación concurrente(48), reguladas en el art. 850.

Solidaridad pasiva: se configura cuando son varios los deudores, el acreedor tiene derecho a requerir el pago a uno, a varios o a todos los codeudores, simultánea o sucesivamente —art. 833—. En cuanto a la extinción de la obligación, el art. 835 indica que ello se produce cuando uno de los deudores solidarios paga toda la deuda, o cuando se produce la renuncia a favor de uno de los deudores solidarios, la novación, dación en pago o compensación, y se expande a todos extinguiendo toda la deuda. La confusión entre el acreedor y uno de los deudores solidarios extingue sólo la cuota de ese deudor. Puede ser también que el acreedor renuncie a la solidaridad sin hacerlo con su crédito. Si la renuncia a favor de todos, deja de existir la solidaridad y se convierte en simplemente mancomunada —art. 836—. Por el art. 838, se establece que el incumplimiento de uno de los deudores convierte a todos en deudores solidarios.

Solidaridad activa: el acreedor o cada acreedor, o todos ellos conjuntamente, pueden reclamar al deudor la totalidad de la obligación —art. 844—. El art. 845 expresa que si uno solo de los acreedores demanda judicialmen-

(48) Moisset de Espanés, Luis, *Curso de obligaciones*, t. 2, Zavalía, Buenos Aires, 2004, p. 75, citado por Márquez, José F., “Las obligaciones con sujeto plural en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014*, 17/11/2014, p. 83, online: AR/DOC/3840/2014.

te el cobro, el deudor sólo puede pagarle a éste y configura el derecho de prevención. La prevención también funciona en relación a otras formas de extinción porque un acreedor no puede renunciar, novar, dar en pago o compensar si otro ya demandó judicialmente el pago. El art. 846 es la contrapartida del 835 de la solidaridad pasiva. Finalmente, el art. 847 determina el derecho de los demás acreedores de participar en el monto cobrado por uno de ellos.

El Código entiende que los efectos de estas obligaciones solidarias se producen porque cada uno de los codeudores y cada uno de los coacreedores representan a los demás en los actos que realiza(49).

3.7. Obligaciones concurrentes

Son las obligaciones en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes —art. 850, CCyCN—. A ellas se les aplican subsidiariamente las normas de las obligaciones solidarias. La jurisprudencia ha dicho que son las que tienen unidad de objeto y de acreedor, aunque distintos deudores que resultan obligados con base en distintas causas del deber.

3.8. Obligaciones disyuntivas

Las pautas para estas obligaciones son las siguientes:

1) *Alcances*: en el caso de que la obligación deba ser cumplida por uno de varios sujetos, salvo estipulación en contrario, el acreedor elige cuál de ellos lo hará, salvo que antes de ese momento cualquiera de los obligados cumpla con el pago, quien paga no tiene derecho de reembolso —art. 853—. Por ej., el caso de designación de albaceas para ejercitar su función alternativamente.

2) *Disyunción activa*: si la obligación debe ser cumplida a favor de uno o varios sujetos, salvo estipulación en contrario, el deudor elige a cuál de éstos realiza el pago. La demanda de uno de los acreedores al deudor no extingue el derecho de éste a pagar a cualquiera de ellos. El que recibe el pago no está obligado a participarlo con los demás —art. 854—.

3) Se les aplica subsidiariamente las pautas de las obligaciones simplemente mancomunadas.

3.9. Obligaciones principales y accesorias

Obligaciones principales son las que existen y subsisten por sí mismas. Su existencia, régimen jurídico, eficacia y desarrollo funcional son autónomos e independientes de cualquier otro vínculo obligacional.

---

(49) Conforme Alterini, Atilio A. – Ameal, Oscar - López Cabana, Roberto, M., *Curso de obligaciones*, 4ª ed., 1ª reimpr,, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 207.

Obligaciones accesorias. Los derechos y obligaciones son accesorios a una obligación principal cuando dependen de ella en cualquiera de los aspectos precedentemente indicados o cuando resultan esenciales para satisfacer el interés del acreedor.

3.10. Rendición de cuentas

Toda persona que lleva una cuenta por otro tiene la obligación de rendirle cuentas a aquél, o bien ante la autoridad que corresponda.

Conforme con el art. 858, habrá rendición de cuentas cuando ellas son puestas en conocimiento de la persona interesada.

Una cuenta es la descripción de los antecedentes, hechos y resultados pecuniarios de un negocio, aunque consista en un acto particular.

Están obligados a rendir cuentas: a) quien actúa en interés ajeno, aunque sea a nombre propio; b) quienes son parte en relaciones de ejecución continuada, cuando la rendición es apropiada a la naturaleza del negocio; c) quien debe hacerlo por disposición legal. Se podría mencionar, a modo de ejemplo, al administrador de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada o de mutuales y fundaciones, al interventor judicial, al albacea, al administrador de consorcio de propietarios, al síndico de la quiebra, al fiduciario, entre otros.

La rendición puede ser privada salvo que la ley ordene que sea ante el juez.

Requisitos de la rendición: a) deber ser descriptiva y documentada; b) incluir las referencias y explicaciones razonablemente necesarias para su comprensión; c) acompañar los comprobantes de los ingresos y egresos, excepto que sea de uso no extenderlos; d) concordar con los libros que lleve quien las rinda.

Oportunidad: se rinden según establezcan las partes o lo disponga la ley, de lo contrario: a) al concluir el negocio; b) si fuera de ejecución continuada al final de cada período o al final de cada año calendario.

Puede aprobarse en forma expresa o tácita. Será tácita si no es observada en el plazo convenido y dispuesto por la ley, o en su defecto, han pasado treinta días de presentadas. Pero puede observarse por errores de cálculo o registración dentro del plazo de caducidad de un año.

3.11. La extinción de las obligaciones

Las obligaciones se extinguen por diversos medios que el Código Civil y Comercial trata a partir del capítulo cuarto de las obligaciones.

Algunos de esos medios son actos jurídicos, requiriendo por lo tanto el consentimiento y capacidad de los otorgantes. Es el caso del pago, la novación, la renuncia.

Es diferente la situación de otros medios de extinción que no dependen de la voluntad de las partes pero que producen la extinción de la obligación y son, por lo tanto, hechos jurídicos, se da ante la imposibilidad de pago, la confusión, la compensación legal e incluso, la prescripción.

- *El pago*

El pago consiste en el cumplimiento del objeto de la obligación —art. 865, CCyCN—. Es éste el modo característico de poner fin a una obligación y cubrir las expectativas del acreedor. Genéricamente se alude al pago como el cumplimiento de la obligación, no sólo referido a la entrega de una suma de dinero que es un medio de cumplimiento. La prestación podría referirse tanto a obligaciones de dar o de hacer o cualquiera que fuese el contenido de la prestación, conforme con la definición legal, pero debería cumplir los requisitos anteriormente tratados en orden a su licitud, determinación, valor económico y corresponder a un interés del acreedor.

Puede apreciarse cómo un acto jurídico aparece concretado dentro del marco de una relación jurídica, por lo tanto, con sus elementos: sujeto, objeto, causa. El desarrollo que sigue refiere a estos elementos que se encuentran reflejados en el Código unificado.

En primer lugar se analizaran *los sujetos del pago*: el deudor —legitimado activo— y el acreedor —legitimado pasivo—.

El pago es un acto jurídico, conforme con lo normado por el art. 259 y en concordancia con el art. 886, en cuanto a las reglas aplicables y que debe ejecutarse con los elementos del acto voluntario —art. 260—. Como tal, requiere el *animus solvendi*[(50)] que supone el obrar del deudor con el fin inmediato de cancelar su obligación. Este cumplimiento con el pago es para el deudor un deber, pero también un derecho, porque implica la posibilidad de liberarse. Esa voluntariedad supone el consentimiento de una persona con capacidad para disponer —art. 875— y en concordancia con la normativa general para tales actos de los arts. 22 y 23, CCyCN.

En cuanto al derecho al pago —art. 879— que tiene *el deudor, que es quien tiene la legitimación activa para realizarlo*, la ley le impone una limitación, no puede hacerlo en fraude a los acreedores —art. 876—, remitiendo en ese sentido a los principios de la materia concursal. Además, el acreedor debe estar en condiciones de recibir el pago sin que exista ninguna restricción, es decir, que el crédito debe estar expedito en orden a lo establecido en el art. 877, CCyCN, siendo inoponible al acreedor prendario o embargante el pago de un crédito en esas condiciones.

---

(50) *Código Civil y Comercial comentado. Orientado a contadores*, cit., t. II, Barreiro, Rafael, comentario acerca del pago de las obligaciones.

El pago debe hacerse a persona capaz —art. 885—[51], *y en principio el legitimado pasivo para recibirlo es la persona del acreedor*, en los distintos supuestos establecidos en la ley —art. 883—. De este modo, el pago tendrá eficacia extintiva. Si dentro de estos supuestos, el pago se hubiese realizado a un tercero diferente del acreedor, éste tendrá derecho a reclamarle el valor de lo que ha recibido, conforme a lo establecido en el art. 884, CCyCN, en virtud de la relación interna que mantenían o por tratarse de un pago indebido.

En cuanto al pago ejecutado por un tercero pagador —art. 881, CCyCN—, es posible excepto que se hayan tenido en cuenta las condiciones especiales del deudor o hubiera oposición conjunta del acreedor y el deudor. Pero este pago realizado por el tercero no libera al deudor, ya que aquél podrá a su vez reclamarle a este el pago realizado —art. 882— y en concreto la ley lo diferencia del pago al referirse a la ejecución de la prestación. Esta situación es diferente a la del *tercero interesado*, quien podría efectuar el pago si el incumplimiento del deudor le pudiera ocasionar un menoscabo patrimonial. Sin embargo, si el acreedor no consintió en el pago por un tercero, quedaría encuadrado en la posibilidad del último párrafo del art. 885, que expresa que no obstante el pago surte efectos en la medida en que el acreedor se benefició.

En segundo lugar, se analizará *el objeto del pago*: las prestaciones

Requisitos del objeto del pago:

- identidad —art. 868, CCyCN—,
- integridad —art. 869, CCyCN—,
- puntualidad —arts. 871 y 872, CCyCN—,
- localización —arts. 873 y 874 CCyCN—.

El pago puede ser probado por cualquier medio de prueba salvo estipulación en contrario o de la ley. La prueba del pago se encuentra regulada a partir del art. 894, dentro de la sección quinta a la cual se remite. *El recibo* —art. 896— es un instrumento público o privado en el que el acreedor reconoce haber recibido la prestación debida.

Cuando existen obligaciones para con un solo acreedor, que tienen por objeto prestaciones de la misma naturaleza, el deudor tiene la facultad de declarar, al tiempo de hacer el pago, por cuál de ellas debe entenderse que lo hace. Esto configura el concepto de *imputación de pago* —art. 900—. Si el deudor no utilizara esta facultad, podría hacerlo el acreedor —art. 901—. Pero si ninguna de las dos partes lo hiciera, la imputación sería legal conforme a los recaudos del art. 902.

---

(51) En concordancia con la regulación de los arts. 32, 44 y 1716, CCyCN.

- *La mora*

Cuando se vence el plazo para el cumplimiento de la obligación, y las expectativas del acreedor se ven frustradas, se irán perfilando distintas situaciones previstas por el ordenamiento jurídico, atento a no desarrollarse con normalidad el ciclo de la obligación.

El art. 886 prevé la mora tanto para el deudor que no paga en tiempo y forma como para el acreedor que se niega a recibir el pago conforme con los principios del art. 867. La mora es automática al vencimiento del plazo de cumplimiento, salvo las excepciones del art. 887.

- *Pago a mejor fortuna* —art. 889—, es el acuerdo entre las partes por el cual el deudor podrá pagar cuando mejore su fortuna, que se regirá por las reglas de las obligaciones a plazo indeterminado.

- *Beneficio de competencia* —art. 892—, consiste en un derecho que se otorga a ciertos deudores para que paguen lo que buenamente puedan, según las circunstancias y hasta que mejoren su fortuna.

- *Pago por consignación* —arts. 904 y ss.—, cuando es *judicial* supone la iniciación de un proceso judicial para compeler al acreedor a que acepte el pago en su condición de acreedor moroso o bien para lograr que con la sentencia judicial que establezca la validez de la consignación, el deudor quede liberado al cancelar de este modo su obligación. Este pago está sometido a los mismos requisitos que el pago. Cuando es extrajudicial —arts. 910 y ss. —, supone la entrega a un escribano de registro a nombre y disposición del acreedor, conforme con el cumplimiento de los recaudos legales.

- *Pago por subrogación* —arts. 914 y ss.—, supone el pago realizado por un tercero distinto del deudor, con conocimiento de éste o no, o contra su expresa voluntad, cuyo consecuencia es, por un lado, el cumplimiento de la obligación por un tercero ajeno a la relación original que así se subroga en los derechos del acreedor a quien desinteresa, y que puede hacer el pago con fondos propios o ajenos. A quien paga en estas condiciones de subrogación se le transmiten todos los derechos del acreedor, y los accesorios del crédito. El tercero subrogante mantiene las acciones contra los coobligados, fiadores y garantes personales y reales, los privilegios y si lo hubiera, el derecho de retención de la cosa —art. 918—. Esta forma de pago alude a lo prescripto en los arts. 881 y 882, que se han tratado oportunamente referidos a la ejecución de la obligación por un tercero. El pago por subrogación puede ser legal —art. 915—, o bien convencional por el acreedor —art. 916— o el deudor —art. 917—, en las condiciones establecidas en la ley.

En tercer lugar se abordará el tema de la *causa del pago*: la liberación del deudor.

El Código unificado no trae normativa expresa acerca de la causa dentro de la normativa referida al pago, por lo cual se le aplicarán los arts. 281, 282, 283, que refieren a la causa de los actos jurídicos.

La causa fin conduce a quien debe pagar para que lo haga y se libere, ello presupone la validez de la causa fuente, conforme se trató en los actos jurídicos.

3.12. Otros modos de extinción

3.12.1. Compensación

El art. 921 establece: “La compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera sean las causas de una y otra deuda. Extingue con fuerza de pago las dos deudas, hasta el monto de la menor, desde el tiempo en que ambas obligaciones comenzaron a coexistir en condiciones de ser compensables”.

Puede ser legal —arts. 923 y 924 —; facultativa —art. 927—; judicial —art. 928—; convencional —art. 929, exclusión convencional—.

3.12.2. Confusión

El art. 931 reza: “La obligación se extingue por confusión cuando las calidades de acreedor y de deudor se reúnen en una misma persona y en un mismo patrimonio”. Puede extinguirse total o parcialmente en proporción a la parte de la deuda en que se produce la confusión.

3.12.3. Transacción

El art. 1641 regula a la transacción como contrato, por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, se hacen concesiones recíprocas, extinguiendo obligaciones dudosas o litigiosas.

Éste resulta un acto jurídico que puede ser un modo de extinción de las obligaciones. No aparece regulado en la parte de obligaciones pero sí en la de contratos.

3.12.4. Novación

El art. 933 dispone: “La novación es la extinción de una obligación por la creación de otra nueva, destinada a reemplazarla”. Se extingue la obligación originaria con sus accesorios. El acreedor puede impedir la extinción de las garantías personales o reales del antiguo crédito, mediante reserva.

3.12.5. Dación en pago

El art. 942 establece: “La obligación se extingue cuando el acreedor voluntariamente acepta en pago una prestación diversa de la adeudada”. El deudor responde por la evicción y los vicios redhibitorios.

3.12.6. Renuncia

El art. 944 ordena: "Toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley, cuando la renuncia no está prohibida y sólo afecta intereses privados".

3.12.7. Remisión

El art. 950 indica: "la deuda se considera remitida, excepto prueba en contrario, cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el documento original en que consta la deuda". Se le aplicarán a la remisión las disposiciones de la renuncia. Produce los efectos del pago.

3.12.8. Imposibilidad de cumplimiento

Cuando se produce el incumplimiento de la obligación estipulada, por ejemplo, en un contrato, el obligado deberá reparar esa situación y será responsable por los daños y perjuicios irrogados a su acreedor, salvo que pueda demostrar que no es responsable de los hechos que causaron el incumplimiento. El art. 888 es un ejemplo de eximición de las consecuencias de la mora si el deudor prueba que ella no le es imputable.

Las eximentes que propone el codificador, en este caso, y que devenidas producirían la extinción de la obligación, tienen que ver con el caso fortuito y la fuerza mayor, que la normativa unificada, al igual que lo hacía Vélez las trata como sinónimos, afirmándolo expresamente en el art. 1730, CCyCN. Sin embargo, en algunos artículos se trata a ambas eximentes indistintamente —arts. 955, 1203, 1730— y otras, por separado, mencionando caso fortuito (arts. 1733, 2146, párr. 2º, 2404, párr. 2º, entre otros) o fuerza mayor (art. 1258).

El Código hace una equiparación de ambos supuestos jurídicos a partir del art. 1730: se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, *no ha podido ser evitado*. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Sin embargo, si bien ambas son eximentes, sustancialmente no quieren significar lo mismo.

El caso fortuito: impacta sobre la relación causal que la rompe no por falta de culpabilidad sino por no ser autor del daño(52). El caso fortuito es lo que no ha podido preverse(53), es un hecho no imputable, independiente de

(52) Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 822; Alterini, Atilio A. – López Cabana, Roberto, *Derecho de daños. El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual*, La Ley, Buenos Aires, 1992, ps. 164 y ss.

(53) CNCiv., sala C, 5/9/2000, JA, 2001-II-571, caso fortuito es el que no ha podido preverse o que previsto no ha podido evitarse, pero más importante que la imprevisibilidad es la *inevitabilidad.*

la voluntad humana; en las obligaciones es todo hecho que haga imposible su cumplimiento sin culpa del deudor.

La fuerza mayor: se configura cuando el hecho no ha podido evitarse, aun previéndose que ocurriría incluso en forma inminente.

El art. 955 establece que la imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y *definitiva* de la prestación, producida por el caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados.

Cuando la imposibilidad es *temporaria*, tendrá efecto extintivo cuando el plazo es esencial o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible.

La imposibilidad puede ser objetiva referida a la cosa —destrucción de la cosa— o subjetiva debido a las condiciones personales del deudor —pierde capacidad jurídica o física—. Puede ser una imposibilidad total o parcial —si pudiera cumplirse por partes o no—.

Se hacen dos consideraciones: 1) La fuerza mayor o el caso fortuito requieren que se trate de que sean alegables, lo que no ocurriría si se tratara de obligaciones respecto de bienes inciertos —indicados en su especie o calidad— o fungibles —que tienen idénticas características—, ya que al no perderse el género del que se trata, la obligación podrá cumplirse, salvo que éste sea limitado —un fruto determinado— y se pierda por culpa del deudor. Por otro lado, se requiere un análisis lógico de la causa para establecer si se configura inimputabilidad del incumplimiento, ajenidad de la causa en la situación.

2) Atento a lo regulado, debe concluirse que ambos términos eximentes de responsabilidad se utilizan como sinónimos[54] en cuanto a los efectos sobre la obligación.

4. OTRAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

4.1. Responsabilidad civil

El Código unificado contempla supuestos en los cuales el engranaje de la responsabilidad civil se pone en funcionamiento a partir del art. 1708, mediante un sistema en el que establece:

---

(54) LÓPEZ MESA, MARCELO, "Caso fortuito y fuerza mayor en el Código Civil y Comercial", La Ley, 29/4/2015, 1, *online*: AR/DOC/1264/2015.

1) Tres funciones esenciales de la responsabilidad

- *Función preventiva*

La responsabilidad civil surge en orden con el deber de prevención del daño establecido en el art. 1710, CCyCN, y presupone:

a) evitar causar un daño no justificado;

b) adoptar de buena fe y según las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño en orden a disminuir su magnitud;

c) no agravar el daño, si ya se produjo.

Quien tenga un interés razonable en la prevención del daño está legitimado para reclamar ante la justicia, y la sentencia del juez establecerá las obligaciones de dar, hacer o no hacer que correspondan. Lo hará a pedido de parte o de oficio.

- *Función disuasiva y la punición excesiva*

Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales, o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto (art. 1714, CCyCN).

- *Función resarcitoria*

Surgirá el deber de reparar frente a la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, mediante la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones del Código (art. 1716).

2) Un concepto de daño que incorpora el derecho de incidencia colectiva

El daño: habrá daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto a la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva (art. 1737).

3) El principio de la reparación plena (art. 1740)

La indemnización: comprende la pérdida o disminución patrimonial de la víctima, el lucro cesante y la pérdida de chances. Incluye las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resulten de la interferencia en su proyecto de vida (art. 1738). También puede demandarse por la reparación de las consecuencias no patrimoniales.

4) Secciones con distintas responsabilidades

Responsabilidad directa: la tiene quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión (art. 1749).

Responsabilidad por el hecho de terceros: es el caso de quienes responden por sus dependientes, o de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el daño ocurre en el ejercicio o en ocasión de sus funciones (art. 1753). También se configura tal responsabilidad respecto de los padres, tutores, curadores (arts. 1756).

Responsabilidad por la intervención de las cosas y ciertas actividades (art. 1757).

Responsabilidad colectiva y anónima (art. 1760).

Responsabilidades especiales (art. 1763).

4.2. Gestión de negocios

El art. 1781 establece que habrá gestión de negocios cuando una persona asume oficiosamente la gestión de un negocio ajeno por un motivo razonable, sin interés de hacer una liberalidad y sin estar autorizada ni obligada, convencional o legalmente.

4.3. Empleo útil

El art. 1791 determina el concepto de empleo útil, como el que desarrolla quien, sin ser gestor de negocios ni mandatario, realiza un gasto en interés total o parcialmente ajeno. En este caso, tiene derecho a que le sea reembolsado su valor, en cuanto haya resultado de utilidad, aunque después éste llegue a cesar.

4.4. Enriquecimiento sin causa

El art. 1794 dispone que "toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, estará obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda".

La acción procede si la ley le concede al damnificado otra acción para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido

4.4.1. Declaración unilateral de voluntad. Disposiciones generales

Conforme con el art. 1800, se establece la regla general acerca de la declaración unilateral de voluntad que causa una obligación jurídicamente exigible en los casos previstos por la ley o por los usos y costumbres.

Es así que frente al reconocimiento y promesa de pago de una obligación realizada unilateralmente hace presumir la existencia de una fuente válida, salvo prueba en contrario (art. 1801).

De igual modo ocurre con las obligaciones del emisor o confirmante de cartas de crédito emitidas por bancos o entidades autorizadas cuya obligación dimana de este tipo de declaraciones unilaterales.

4.4.2. Promesa pública de recompensa

Conforme con el art. 1803, “quien mediante anuncios públicos promete recompensar, con una prestación pecuniaria o una distinción, a quien ejecute determinado acto, cumpla determinados requisitos o se encuentre en cierta situación, queda obligado por esa promesa desde el momento en que llega a conocimiento del público”.

4.4.3. Concurso público

El art. 1807 dispone: “La promesa de recompensa al vencedor de un concurso, requiere para su validez que el anuncio respectivo contenga el plazo de presentación de los interesados y de realización de los trabajos previstos”.

La promesa puede ser efectuada respecto de cualquier persona o de personas determinadas con ciertas calidades, no se permite diferencias arbitrarias y discriminatorias.

4.5. Declaración unilateral de voluntad. Garantías unilaterales

En el art. 1810 se expresa, como fuente de las obligaciones, la declaración unilateral de voluntad que obliga al cumplimiento a primera demanda o a requerimiento o que de cualquier modo obligue al emisor que garantiza el cumplimiento de una obligación de otro. Pueden emitir estas garantías las personas públicas, las personas jurídicas, si sus socios no responden ilimitadamente, las entidades financieras y de seguros, los importadores y exportadores por operaciones de comercio exterior.

4.6. Títulos valores

El título de crédito, según Vivante, es aquel documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo contenido en él. Para los títulos valores cartulares, el documento es necesario para la creación, modificación y ejercicio del derecho incorporado (art. 1830, CCyCN).

Pueden observarse dos elementos en el título, uno material que es el documento, y otro sustancial que el derecho incorporado al documento. Ello permite que el derecho pueda circular, con celeridad, conforme con los recaudos esenciales que aseguren su función como títulos de créditos y circulatorios. Por eso, el título es necesario. El derecho es el que consta descripto en el documento, es el tenor literal del documento. Es el principio de litera-

lidad (art. 1831) que determina el alcance y las modalidades de los derechos y obligaciones consignadas en él.

Son títulos que circulan al portador —sólo requieren tradición—, a la orden y por endoso —requieren tradición y una cadena regular e ininterrumpida de endosos—, o nominativos no endosables, que se transmiten por cesión de derechos —requieren un documento en el conste la transferencia y se trata de títulos nominativos, a nombre de determinada persona—.

El art. 1815 los trata al decir que los títulos valores incorporan una obligación *incondicional e irrevocable* de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo conforme al art. 1816, es decir, que le son inoponibles las defensas personales que puedan existir contra portadores anteriores. Es así, ya que con cada transmisión nace el derecho contenido en el documento *ex novo* (originalmente) en cabeza de quien lo recibe, si es un portador de buena fe en cuanto a la posesión del título.

El pagaré y la letra de cambio, por ejemplo, contienen una promesa incondicional (no sujeta a ninguna condición, es pura y simple) de cumplir con la obligación que contiene el documento cuando se produzca el vencimiento. La funcionalidad de estos títulos es que a la vez que otorgan un crédito, pueden circular y transmiten de mano en mano los derechos contenidos en el documento.

Conforme con el art. 1817, el deudor que paga al portador conforme a su ley de circulación —al portador, por endoso, nominativamente por cesión de derechos— queda liberado a menos que al momento del pago disponga de prueba que demuestre la mala fe de quien le requiere el pago.

En cuanto a la responsabilidad, en el art. 1826 se establece que todos los creadores del título valor están solidariamente obligados al pago, pero no los demás intervinientes, salvo disposición legal o cláusula expresa en el título.

SÍNTESIS

a) El hecho o *factus* naturales o humanos: impactan en el Derecho produciendo efectos sobre relaciones y situaciones jurídicas (1073).

HECHO JURÍDICO "es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas" (art. 257).

Los hechos humanos pueden ser:

- voluntarios —art. 260— consentimiento pleno;

- involuntarios —art. 26— falta de discernimiento:
  acto ejecutado privado de razón;
  acto ilícito ejecutado por menor de 10 años;
  acto lícito ejecutado por menor de 13 años.

Los simples actos lícitos son voluntarios, pero el agente no tiene intención de producir ningún efecto jurídico, aunque puede concretarse como t a l .

SIMPLE ACTO LÍCITO "es la acción voluntaria no prohibida por la ley de la que resulta la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas" (art. 258).

Si se concreta un hecho jurídico humano voluntario lícito.

ACTO JURÍDICO "es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas" (art. 259).

Si se concreta un hecho jurídico humano ilícito se conforma un delito o cuasidelito y generará responsabilidad civil o penal.

Los requisitos del acto jurídico válido

Consentimiento pleno

Intervinientes:

- partes;
- otorgantes;
- representantes (art. 358): legales-convencionales (apoderamiento-mandato);
- terceros: acreedores - sucesores (art. 400) — profesionales - ajenos.

Objeto (art. 279) lícito - posible - determinado - determinable - no prohibido - no lesivo de derechos ajenos o la dignidad humana - no prohibido - no contrario moral, orden público y buenas costumbres - sobre bienes permitidos.

Causa (arts. 281 a 283)

- fin inmediato autorizado determinante de la voluntad;
- motivos lícitos indirectos o remotos esenciales, subjetivos;

Forma (art. 284)

- actos no formales - libertad de formas (art. 1444);
- actos formales:
  - solemne —formalidad absoluta— (art. 1552);
  - no solemne —formalidad relativa— (arts. 1017 y 285);
  - probatoria (art. 1020);
  - de regularidad (art. 7°, Ley General de Sociedades).

Instrumentos:

- público (arts. 289, 299, 310);

- privado firmado (arts. 313, 306);

- privado no firmado (art. 287).

Eficacia probatoria: prueba (art. 297).

Ineficacia de los actos jurídicos - nulidad (arts. 386, 388) - acto indirecto (art. 385) - inoponibilidad (art. 396).

Los elementos del acto jurídico

a) Elementos esenciales

Extrínsecos: -manifestación (art. 262) - expresa - tácita - el silencio

Intrínsecos: -discernimiento (capacidad) - intención - libertad

a) inmadurez; b) privación de razón conciencia; c) alteraciones mentales

- vicios de la voluntad: error (arts. 8, 265 a 270) - dolo (arts. 272 a 275) - violencia (art. 276)

- vicios de los actos jurídicos: lesión (art. 332) - simulación (art. 333) - fraude (art. 338)

b) Elementos naturales: evicción - vicios redhibitorios - pacto comisorio.

c) Elementos accidentales: condición (art. 343) - plazo (art. 350) - cargo (art. 354).

Los derechos personales

OBLIGACIÓN "es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito ante el incumplimiento, a obtener forzadamente la satisfacción de dicho interés" (art. 724).

Los elementos de la obligación

a) relación jurídica;

b) acreedor o sujeto activo;

c) deudor o sujeto pasivo;

d) objeto: prestación susceptible de valoración económica (art. 279);

e) causa (art. 726).

Los efectos de la obligación

- *Efectos de la obligación con relación al acreedor* (art. 730)

a) emplear los medios legales para que el deudor cumpla;

b) hacérselo procurar por otro a costa del deudor;

c) obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes.

- *Efectos con relación al deudor* (art. 731). El cumplimiento de la obligación confiere al deudor el derecho de obtener la liberación y el de rechazar las acciones del acreedor.

- *El patrimonio es garantía común de los acreedores* (arts. 242-744).

El incumplimiento de la obligación

- *Acción directa* es excepcional, ejecutiva, en exclusivo beneficio del acreedor hasta el importe de su crédito para obtener en forma directa lo que un tercero le debe a su deudor (arts. 736, 737, 738).

- *Acción subrogatoria* tiene por fin la conservación del patrimonio del deudor (art. 739).

- *Medidas cautelares, embargo* (art. 745).

Clases de obligaciones

- Criterio de clasificación en cuanto al objeto

Obligaciones de dar el deudor de cosa cierta obligado a conservarla y entregarla (art. 746).

Las obligaciones de dar sumas de dinero (art. 765) y los intereses por el incumplimiento.

Intereses moratorios (art. 768) *compensatorios* (art. 767) *punitorios* (arts. 769, 793).

Obligaciones de hacer prestar algún servicio en tiempo, lugar y modo convenido (art. 773).

Obligaciones de no hacer abstención del deudor o tolerar una actividad ajena (art. 778).

- Criterio de clasificación de las obligaciones de objeto múltiple

Obligaciones alternativas tienen por objeto una prestación entre varias que son independientes y distintas entre sí, debiendo el deudor cumplir una sola de ellas (art. 779).

Obligaciones facultativas el art. 786 establece que tiene una prestación principal y otra accesoria. El acreedor sólo puede exigir la principal, pero el

deudor puede liberarse cumpliendo la accesoria, opción que tiene hasta el momento del pago.

- Criterio de clasificación según el cumplimiento parcial

Obligaciones divisibles **y** *obligaciones indivisibles* (arts. 814 y 815).

- Criterio de clasificación según el sujeto plural

Obligaciones simplemente mancomunadas el crédito o la deuda se fracciona en tantas relaciones particulares independientes entre sí como acreedores o deudores haya. Se verán afectadas según si su objeto es divisible o indivisible (art. 825).

Obligaciones solidarias pluralidad de sujetos, originadas en una causa única, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores por cualquiera de los acreedores (art. 827) *solidaridad pasiva* (art. 833) - *solidaridad activa* (art. 844).

Obligaciones concurrentes unidad de objeto y acreedor, distintos deudores obligados por distintas causas del deber (art. 850).

Obligaciones disyuntivas la obligación debe ser cumplida por uno de varios sujetos (art. 853) o la obligación debe ser cumplida a favor de uno o varios sujetos, salvo estipulación en contrario, el deudor elige a cuál de éstos realiza el pago (art. 854).

Obligaciones principales y accesorias

*Obligaciones principales***,** su existencia, régimen jurídico, eficacia y desarrollo son autónomos e independientes de cualquier otro vínculo obligacional (art. 856) y *obligaciones accesorias* (art. 857).

Otras obligaciones

1) *Cláusula penal* (art. 790) y *sanciones conminatorias* (art. 804).

2) *Rendición de cuentas* (art. 858).

3) *La responsabilidad civil:*

- Función preventiva (art. 1710) - Función resarcitoria (art. 1716) - Función disuasiva (art. 1714).

El daño: lesión de un derecho o interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva (art. 1737) - Reparación plena (art. 1740).

- Responsabilidad directa - Responsabilidad por el hecho de terceros.

- Responsabilidad por las cosas y actividades - Responsabilidad colectiva y anónima - Responsabilidades especiales.

1) Gestión de negocios.

2) Empleo útil.

3) Enriquecimiento sin causa.

4) Declaración unilateral de voluntad.

5) Títulos valores.

Extinción de las obligaciones

Actos jurídicos extintivos	**Hechos jurídicos extintivos**
1) Pago	1) Compensación
2) Transacción	2) Confusión
3) Novación	3) Imposibilidad de cumplir
4) Renuncia	4) El transcurso del tiempo
5) Remisión	
6) Dación en pago	

Capítulo III

Contratos

Por Gonzalo Peñalba Pinto [1]

A. PRIMERA PARTE: CONTRATOS EN GENERAL

1. Disposiciones generales

1.1. Definición [2]

El contrato es definido por el art. 957 como "el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales".

---

(1) Abogado. Profesor de Contratos en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán.

(2) Bibliografía: Alterini, *Contratos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999; Borda, *Manual de Contratos*, 3ª ed., Perrot, Buenos Aires; Curá (dir.) - García Villalonga (coord.),

Por tratarse de una especie del género acto jurídico, se le aplican supletoriamente —y en tanto no sean modificadas por las normas específicas de los contratos—, las normas relativas a los actos jurídicos (arts. 259 y ss. del Código Civil y Comercial).

El contrato es el medio del que se valen las personas —físicas y jurídicas— para la satisfacción de sus necesidades materiales, prácticas y jurídicas; pues es la vía o instrumento jurídico a través del cual se canalizan los negocios.

1.2. Principios

A continuación, el Código reafirma algunos de los principios esenciales en la materia:

a) Libertad. El primero de ellos, el de la libertad de contratación. Las partes, dice el art. 958, son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Se trata de un principio emanado directamente de la Constitución —y del derecho natural— y, como tal, vigente aunque el Código Civil nada dijera en tal sentido. Ahora bien, la libertad y el derecho a contratar –como todos los derechos– pueden ser reglamentados[3] y reconocen sus límites en el orden público y la moral y buenas costumbres.

b) Igualdad. Es otro de los principios constitucionales fundamentales de nuestro sistema de Derecho, de allí que —por exigencias de justicia conmutativa[4]— el Código sanciona normas especiales para proteger la igual-

---

Código Civil y Comercial de la Nación comentado, La Ley, Buenos Aires, 2014; DE REINA TARTIÉRE (coord.), *Contratos civiles y comerciales*, Heliasta, Buenos Aires, 2010; DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. I, Introducción. Teoría del Contrato, Thomson-Civitas, Madrid, 2007; IBÁÑEZ, *Derecho de los contratos*, Ábaco, Buenos Aires, 2010; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos. Parte general*, Zavalía, Buenos Aires, 1971; LORENZETTI, *Tratado de los contratos. Parte general*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004; MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995; NICOLAU, *Fundamentos de derecho contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009; SALVAT (act. ACUÑA ANZORENA), *Fuentes de las Obligaciones. Contratos,* TEA, 1958. Debido a las limitaciones de espacio, las citas serán reducidas al mínimo, entendiéndose que en cada tópico se remite a la bibliografía general aquí reseñada. Por otra parte, la extensión de los temas no guarda necesaria relación con su importancia, sino con el articulado del Código. Por todo ello se recomienda la detenida lectura de los artículos citados entre paréntesis, ya que muchos de ellos contienen principios generales importantes; así como de la bibliografía señalada en las notas al pie.

(3) Pero la reglamentación no puede alterar o afectar esencialmente a los derechos: art. 28 de la Constitución.

(4) La justicia conmutativa, que rige los contratos, consiste en una relación de igualdad, como enseñaron Aristóteles (*Ética a Nicómaco*, V, 1130 b30) y SANTO TOMÁS DE AQUINO (*Suma Teológica*, II a, q. LVIII). La igualdad debe manifestarse no sólo en el in-

dad de los contratantes y, así también, la libertad, especialmente de quienes actúan, al contratar, en una situación de debilidad.

A fin de evitar que el contrato se torne un instrumento de abuso o explotación por parte de ciertas personas, más fuertes, en perjuicio de otras, la ley contiene ciertas limitaciones a la libertad (el orden público), ciertas normas especiales para evitar la lesión y el desequilibrio (arts. 332, 1091, etc.) y una regulación con normas específicas para los contratos por adhesión y de consumo (arts. 984 a 989 y 1092 a 1122), donde existe una parte más débil y vulnerable que la otra. El principio de protección de la parte débil (*favor debilis*), que se sustenta y deduce de la igualdad, es uno de los principios generales que inspiran el régimen contractual(5).

c) Fuerza vinculante. Del principio de libertad y de la autonomía de la voluntad, se deduce el llamado principio de obligatoriedad o fuerza vinculante (*pacta sunt servanda*) conforme al cual tradicionalmente se enseña que el contrato obliga a las partes como la misma ley. La primera parte del art. 959 lo resume así: "Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes".

d) Intangibilidad. La misma norma agrega, a continuación, el llamado principio de intangibilidad: El contenido del contrato válido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes(6) o en los supuestos en que la ley lo prevé.

La ley, en el punto, no hace otra cosa que proteger tanto la libertad civil, ejercitada mediante el derecho a contratar, como así también el derecho de propiedad de los contratantes, igualmente defendido por la Constitución, ya que, conforme a tradicional doctrina de la Corte Suprema de la Nación, receptada en el art. 965, "los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante".

Una aplicación y consecuencia del principio de intangibilidad es la siguiente: "Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo

---

tercambio (cierta equivalencia de las prestaciones), sino también en la relación entre los contratantes, cuya dignidad y libertad no deben ser afectadas.

(5) Nicolau, ob. cit., ps. 28 y ss., 232 y ss. Podría afirmarse, entonces, que los dos principios básicos donde se asienta la obligatoriedad del contrato son el de la autonomía de la voluntad (la cual presupone la libertad) y la justicia (en el caso, la justicia conmutativa). De allí que las partes son libres de contratar y de fijar el contenido contractual, pero el Derecho debe evitar la explotación, el abuso, la afectación de la libertad; y es por eso que se legisla con particular atención y cuidado sobre los contratos predispuestos y de consumo, donde una parte es más débil que la otra, que puede imponerle condiciones contrarias a la justicia, en contra de su voluntad. Puede deducirse, por lo tanto, como principio derivado y consecuente de los de libertad e igualdad, el de protección del contratante débil.

(6) Siempre que no se lesionen derechos de terceros, como se verá al tratar de la rescisión.

autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público" (art. 960). Es decir, que la modificación del contrato puede producirse, a pedido de parte, sólo en ciertos supuestos que la ley expresamente contempla (lesión, imprevisión, abuso, etc.)(7).

e) Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, dispone el art. 961. El concepto de buena fe es tan difícil de definir, como sencillo de percibir: las partes deben actuar con lealtad, corrección, rectitud, honestidad y probidad, durante la celebración, interpretación y ejecución del contrato(8). Los contratos obligan, dice la norma, "no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor".

f) Supletoriedad. Como impera el principio de la libertad, el art. 962, congruentemente, dispone que las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes. Ése es el principio; por excepción, existen normas indisponibles, es decir que las partes no pueden dejar de lado, son las llamadas normas de orden público(9).

Si el contrato genera normas o reglas para las partes contratantes, el complejo normativo que resulta del acuerdo reconoce el siguiente orden para la aplicación de los preceptos y para la integración del contrato(10): 1°) se aplican normas indisponibles de la ley especial y de este Código; es decir, las de orden público (aunque las partes pacten lo contrario: v.gr., el plazo mínimo en la locación urbana para vivienda); 2°) las cláusulas pactadas por las partes; 3°) normas supletorias de la ley especial y, después de éstas, las normas supletorias de este Código(11); 4°) los usos y prácticas del lugar de ce-

---

(7) Sólo pueden actuar de oficio los jueces, excepcionalmente, cuando las estipulaciones del contrato afectan el orden público, v.gr., si se instituyera la esclavitud por vía contractual, en cuyo caso el acuerdo es nulo, y la nulidad absoluta e imprescriptible.

(8) LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., p. 240. Se trata de la llamada buena fe objetiva, que alude a esas normas de comportamiento. También puede hablarse de buena fe-creencia, concepto que alude a un estado de conciencia, a la creencia de que se obra con derecho, como ocurre, v.gr., en el caso del poseedor que se cree, por error, dueño de una cosa sobre la cual carece de título de propiedad.

(9) Las leyes no son de orden público porque ellas mismas se den esa calificación, sino por su naturaleza, por las causas que determinaron su sanción y por los fines que ellas persiguen, enseña la Corte Suprema; y es por ello que el concepto debe interpretarse restrictivamente, dado que el principio es la libertad y cuando el Estado pretende limitarla, aun so pretexto del orden público, debe respetar los derechos humanos fundamentales consagrados en la parte dogmática de la Constitución y los tratados de derechos humanos (cfr. PEÑALBA PINTO, en CURÁ - GARCÍA VILLALONGA, ob. cit., t. III, p. 220).

(10) Integrar un contrato es resolver alguna cuestión que no ha sido expresamente regulada por las partes, pero que es necesario decidir: v.gr., si las partes no han dicho nada sobre cuál es el lugar de entrega de la cosa vendida, ¿cómo se resuelve o determina el mismo?

(11) Pues *lex specialis derogat generalis.* Así, los preceptos de la ley de locaciones urbanas se aplican con preferencia a las normas generales del Código para el contrato de locación, pues las normas especiales prevalecen sobre las generales.

lebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato (como ocurre con las prácticas comerciales en los mercados), excepto que su aplicación sea irrazonable en el caso (arts. 963 y 964).

No se agotan aquí los principios generales en materia contractual; algunos de los cuales —con sus limitaciones y excepciones— son tratados en normas posteriores del Código, como ocurre, v.gr., con el principio de relatividad.

2. Clasificaciones legales

a) Unilaterales, bilaterales y plurilaterales (art. 966): Los contratos son unilaterales cuando una de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta quede obligada. V.gr., la donación, en la que sólo el donante se obliga a transferir la propiedad de la cosa donada al donatario.

Son bilaterales cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra; como ocurre, v.gr., en la compraventa.

Son plurilaterales, cuando existen o pueden existir tres o más partes, las que no contraen obligaciones recíprocas entre sí, sino que contratan con un fin común[12], como ocurre con las sociedades de la ley 19.550 y los contratos asociativos, regulados por los arts. 1442 y ss. Las normas de los contratos bilaterales se aplican supletoriamente a los contratos plurilaterales, aunque con diferencias importantes, derivadas de su naturaleza y fines, como ocurre, por ejemplo, con la nulidad en el contrato de sociedad (art. 16, ley 19.550).

b) Contratos a título oneroso y a título gratuito (art. 967): Los contratos son a título oneroso cuando las ventajas que procuran a una de las partes les son concedidas por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra; por ejemplo, la compraventa.

Son a título gratuito, en cambio, cuando aseguran a uno o a otro de los contratantes alguna ventaja, independiente de toda prestación a su cargo; como ocurre con la donación o el comodato.

c) Contratos conmutativos y aleatorios (art. 968): Los contratos a título oneroso son conmutativos cuando las ventajas para todos los contratantes son ciertas (v.gr., Juan compra un inmueble determinado por un precio determinado). Son aleatorios, en cambio, cuando las ventajas o las pérdidas, para uno de ellos o para todos, dependen de un acontecimiento incierto (v.gr., la apuesta, la venta de esperanza)[13].

---

(12) Si bien existen intereses contrapuestos, además de los comunes, pues, v.gr., en la sociedad los socios se reparten las ganancias.

(13) Deben éstos distinguirse de los condicionales, en los que la existencia del contrato (de sus efectos) depende de un acontecimiento futuro e incierto.

d) Formales y no formales (art. 969): Pueden distinguirse tres categorías: 1) Contratos formales o solemnes, son aquellos para los cuales la ley exige una forma para su validez, y son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha, como ocurre con las donaciones del art. 1552.

2) Contratos no solemnes: Cuando la forma requerida para los contratos lo es sólo para que éstos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad. Así, v.gr., la compraventa de un inmueble debe hacerse por escritura pública, pero si se celebra por instrumento particular, no es nula, sino que produce la obligación de otorgar la escritura (arts. 1017 y 1018).

3) Contratos no formales: Cuando la ley o las partes no imponen una forma determinada, puede celebrarse libremente (art. 284) y la forma constituye sólo un medio de prueba de la celebración del contrato; como ocurre, p. ej., con el mandato (doctr. art. 1319) o el comodato.

e) Contratos nominados e innominados (art. 970). Los contratos son nominados e innominados según que la ley los regule especialmente o no. Los contratos innominados, dispone la ley, están regidos, en el siguiente orden, por: a) la voluntad de las partes; b) las normas generales sobre contratos y obligaciones; c) los usos y prácticas del lugar de celebración; d) las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad.

3. Formación del consentimiento

3.1. El consentimiento

El consentimiento al que alude el art. 971, se constituye por la unión congruente de la oferta y la aceptación. La ley establece que el contrato se concluye, es decir nace para el mundo jurídico, en el momento en que la aceptación es recibida por el oferente[14].

Pero como la voluntad puede manifestarse en forma tácita (arts. 264, 979 y concs.), la última parte del art. 971 aclara que el consentimiento queda

(14) El Código de Vélez establecía el sistema de la expedición, es decir que, en principio, el contrato se entendía concluido cuando se enviaba la aceptación. El nuevo Código fija el momento de la recepción (tanto para la aceptación, art. 980, inc. b]; como para su retractación: art. 981). Ahora bien, ¿cuándo se entiende recepcionada una oferta, una aceptación o una retractación? El art. 983 considera que la manifestación de voluntad de una parte es recibida por la otra "cuando ésta la conoce o debió conocerla, trátese de comunicación verbal, de recepción en su domicilio de un instrumento pertinente, o de otro modo útil". Es así que si el oferente recibe el correo con la aceptación, el contrato queda perfeccionado, resultando indiferente que aquél no haya tomado efectivo conocimiento del correo o aceptación.

formado, es decir, el contrato perfeccionado, no sólo por la recepción de una formal aceptación, sino también "por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo"; lo que ocurre, por ejemplo, si el mandatario ejecuta el mandato sin manifestar que ha aceptado el contrato (doctr. art. 1319, *in fine*).

Oferta: Es "la manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada" (art. 972).

Los elementos o requisitos de la oferta surgen de su propia definición legal: a) debe manifestarse, es decir, exteriorizarse, pues se trata de un acto jurídico (art. 260, *in fine*, 262 y concs.); b) debe dirigirse a persona determinada o determinable, pues de lo contrario no habrá oferta sino simple invitación a ofertar; excepto en el ámbito de los contratos de consumo, en el que la oferta a personas indeterminadas obliga al proveedor (art. 973, art. 7°, ley 24.240 y concs.); c) debe realizarse con intención de obligarse(15); d) debe ser completa, es decir contener al menos, las cláusulas esenciales del contrato que se procura acordar(16).

Fuerza obligatoria (art. 974). "La oferta obliga al proponente, a no ser que lo contrario resulte de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso". Si la oferta es un acto jurídico, produce efectos jurídicos: éstos consisten, esencialmente, en conferir al destinatario de la oferta la posibilidad de celebrar y perfeccionar el contrato mediante la emisión de una aceptación congruente(17).

"La oferta hecha a una persona presente o la formulada por un medio de comunicación instantáneo, sin fijación de plazo, sólo puede ser aceptada inmediatamente".

Cuando se hace a una persona que no está presente, sin fijación de plazo(18) para la aceptación, el proponente queda obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida

---

(15) Pues la *intentio iuris* es requisito de todo acto jurídico. Por eso no es oferta la realizada con *animus iocandi* —para hacer una broma— o de ejemplificación, v.gr., la de un profesor en una clase, etcétera.

(16) Invitación a ofertar, en cambio, es toda manifestación dirigida a celebrar un contrato, pero que no llega a constituir una oferta por faltarle alguno de sus elementos (v.gr., Juan manifiesta que le gustaría vender determinado libro). De acuerdo con el art. 973, "la oferta dirigida a personas indeterminadas es considerada como invitación para que hagan ofertas, excepto que de sus términos o de las circunstancias de su emisión resulte la intención de contratar del oferente. En este caso, se la entiende emitida por el tiempo y en las condiciones admitidas por los usos".

(17) Existen otros efectos, v.gr., los vinculados a la responsabilidad precontractual del oferente y a los deberes precontractuales, mentados en los arts. 991, 992 y concs.

(18) Si la oferta tiene plazo, debe estarse a éste. "Los plazos de vigencia de la oferta comienzan a correr desde la fecha de su recepción", aclara la norma.

por los medios usuales de comunicación; lo cual es una cuestión de hecho a valorarse en cada caso.

Retractación (art. 975): La oferta dirigida a una persona determinada puede ser retractada, pero sólo si la retractación es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

Caducidad. La oferta caduca, pierde su efecto, dice el art. 976, cuando el proponente o el destinatario fallecen o se incapacitan, antes de la recepción de su aceptación. Pero el que aceptó la oferta ignorando la muerte o incapacidad del oferente, y que a consecuencia de su aceptación ha hecho gastos o sufrido pérdidas, tiene derecho a reclamar su reparación. Se trata de un supuesto de responsabilidad precontractual, de carácter objetivo.

Contrato plurilateral. Al respecto el art. 977 dispone: "Si el contrato ha de ser celebrado por varias partes, y la oferta emana de distintas personas, o es dirigida a varios destinatarios, no hay contrato sin el consentimiento de todos los interesados, excepto que la convención o la ley autoricen a la mayoría de ellos para celebrarlo en nombre de todos o permitan su conclusión sólo entre quienes lo han consentido; esto último puede ocurrir en el contrato de sociedad, siempre que la prestación del socio que no acepta sea esencial para los fines societarios (doctr. arts. 16 y concs., ley 19.550).

Aceptación. Es la manifestación de voluntad, congruente con la oferta, que perfecciona el contrato. Para que el contrato se concluya, dice el art. 978, la aceptación debe expresar la plena conformidad con la oferta; pues "cualquier modificación a la oferta que su destinatario hace al manifestar su aceptación, no vale como tal, sino que importa la propuesta de un nuevo contrato".

Evidentemente si la aceptación no es congruente con la oferta, no hay consentimiento, ni acuerdo, ni contrato: así, si Juan ofrece vender un inmueble por $ 500.000, y Pedro le responde "acepto comprarlo por $ 400.000". Pero, en este supuesto, "las modificaciones contenidas en la aceptación pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante" dice la ley[19].

Modos de aceptación. El art. 979 dispone: "toda declaración o acto del destinatario que revela conformidad con la oferta constituye aceptación. El silencio importa aceptación sólo cuando existe el deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes[20], de los usos o de las prácticas

(19) En el ejemplo: si Juan inmediatamente acepta el precio indicado por Pedro, aunque, como resulta evidente, en este caso es Juan el aceptante de la nueva oferta emitida, ahora, por Pedro.

(20) V.gr., en un contrato de suministro donde se pactó que el silencio del suministrado importa aceptación de un nuevo precio consignado por el suministrante en los remitos o facturas.

que las partes hayan establecido entre ellas[21], o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes[22].

Perfeccionamiento. La aceptación perfecciona el contrato, es decir que éste queda irrevocablemente concluido[23]: a) entre presentes, cuando es manifestada; b) entre ausentes, si es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta. Aunque en este caso, como se dijo, la aceptación puede ser retractada, en las condiciones previstas por el art. 981.

Acuerdo parcial[24]. Los acuerdos parciales de las partes, establece el art. 982, concluyen el contrato si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares[25]. En tal situación, el contrato queda integrado conforme a las reglas del capítulo 1 (especialmente los arts. 963 y 964).

En la duda, sobre si hay acuerdo parcial o no, el contrato se tiene por no concluido; y no se considera acuerdo parcial la extensión de una minuta o de un borrador respecto de alguno de los elementos o de todos ellos.

3.2. Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas

El art. 984 define al contrato por adhesión, como "aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción".

La diferencia con los llamados contratos negociados o paritarios reside en que la redacción de todo el contenido contractual es obra de una sola parte, usualmente más fuerte[26] que la otra, y ésta, si quiere contratar, so-

(21) V.gr., si en el suministro, a lo largo de años de vinculación, el suministrado ha consentido subas periódicas de precios, ante una nueva suba su silencio se entiende razonablemente como aceptación.

(22) Pues el deber de buena fe, del que deriva la doctrina de los actos propios, obliga a ser consecuente con las propias conductas anteriores, relevantes y aptas para generar expectativas o confianza en la contraparte.

(23) Art. 980. Con excepción de los contratos de consumo, en los cuales el consumidor puede revocar la aceptación hasta 10 días después (arts. 1110 y concs.).

(24) Conf. Nicolau, ob. cit., ps. 108 y ss.

(25) Éstos son los elementos necesarios para que el contrato sea lo que es, y no otro diferente; por ejemplo, la determinación de la cosa vendida y del precio en la compraventa. Si se elimina un elemento, por ejemplo, el precio, el contrato tendrá otra naturaleza —será donación—. Si hay acuerdo sobre los elementos esenciales, el contrato se entiende perfeccionado y las demás cláusulas (no esenciales: v.gr., lugar de entrega de la cosa, plazo de pago del precio, etc.) serán integradas de conformidad a las previsiones legales.

(26) Más fuerte en sentido económico: su fuerza puede derivar de una situación de monopolio u oligopolio, de la necesidad del adherente de contratar, etc.; y esa fortaleza le permite imponer las condiciones del contrato a la otra parte.

lamente puede limitarse aceptar ese contenido predispuesto, sin posibilidades de discutir los términos del convenio. Se manifiestan evidentes los problemas, desde la óptica de la justicia y la libertad, que esta modalidad de contratación(27) puede generar; y es por ello que la ley prevé ciertas soluciones particulares para preservar la justicia (igualdad) y proteger la voluntad (especialmente la libertad) de la parte adherente.

Si una de las partes predispone las cláusulas del contrato y si, además, debe actuar de buena fe (arts. 961, 991, 9° y concs.) y sin abusar de su derecho de "redactar" o imponer las estipulaciones (art. 10), y respetando el orden público (arts. 12, 958, *in fine*, 960, 1004, 1014, 386 y concs.), es evidente que su facultad estará limitada por la ley.

En ese sentido, limitativo y protectorio, el art. 985 establece algunas reglas(28):

a) "Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles", para lo cual su "redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible". Esto protege especialmente la intención del adherente, de modo de evitar errores que vicien su voluntad.

b) "Deben además, ser autosuficientes". Para evitar sorpresas, deslealtad o consecuencias que el adherente no puede razonablemente prever, el clausulado debe ser autosuficiente, es decir, completo, y la ley establece que "se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se le facilitan, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato".

c) Además, si su redacción no es clara, las cláusulas deben interpretarse *contra stipulatorem*, es decir, "en sentido contrario a la parte predisponente" (art. 987).

Principio de primacía de las cláusulas negociadas: Ahora bien, usualmente el adherente conserva o puede conservar, en la realidad de los negocios, cierto poder o ámbito de negociación, que se manifiesta en la redacción de cláusulas particulares, es decir "aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general" (art. 986). El principio protectorio de la voluntad del adherente, conlleva la consecuencia legal de que "en caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas".

Cláusulas abusivas. Son cláusulas abusivas (art. 988) y, por lo tanto, se deben tener por no escritas:

---

(27) El contrato por adhesión no es un tipo de contrato (como la compraventa, cesión, etc.) sino una forma de contratación, un procedimiento para contratar, mediante el cual se pueden celebrar numerosos contratos de distintos tipos.

(28) La disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica (*online*, por correo electrónico u otros medios informáticos) o por medios similares.

a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente. Desnaturalizar es modificar o alterar o apartarse de lo que es natural. Lo natural, en el caso, depende de la causa fin del contrato, de su función económico-social, por una parte; pero además, en los contratos onerosos lo natural es que rija la justicia conmutativa, es decir, que exista cierta equivalencia entre las prestaciones. En el caso, desnaturalizar las obligaciones del predisponente equivale a alterar, de cualquier modo, la justicia y equivalencia del contrato. Por eso, puede afirmarse, en general, que es abusiva toda cláusula que tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio del adherente o del débil (doctr. art. 1119).

b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; por ejemplo, la estipulación que disponga que el predisponente no responde por evicción.

c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles. La amplia redacción de la norma protege la buena fe y la lealtad, para evitar sorpresas en perjuicio del adherente.

Control administrativo y judicial de las cláusulas generales: Existen ciertos tipos de contratos en los que las cláusulas generales son previamente aprobadas o aun impuestas por el Estado, como ocurre, por ejemplo, con el contenido de las pólizas de seguro de responsabilidad civil, que es aprobado y determinado por la Superintendencia de Seguros de la Nación. El art. 989 dispone: “la aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial”; lo cual implica un doble control, que se justifica plenamente, pues el control administrativo, previo y abstracto, puede no ser suficiente, dado que lo abusivo puede manifestarse, *a posteriori*, en un caso concreto, que es lo que deben resolver los jueces: hacer justicia en el caso concreto que resuelven.

Nulidad. La consecuencia del carácter abusivo de ciertas cláusulas es su nulidad, es decir, que no producen sus efectos, se tienen por no escritas ni convenidas. En este caso el juez, al declarar la nulidad, “simultáneamente debe integrar el contrato, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad”. Si se trata de una cláusula esencial para la finalidad del contrato, declarada su nulidad, el juez debe integrarlo, es decir, dictar una cláusula sustitutiva que no sea abusiva[29].

(29) V.gr., si el contrato prevé que el adherente, que contrató con una sucursal de su cuidad, deberá realizar los pagos en la casa central del predisponerte, ubicada en China, y que debe abonar en yuanes, etc., y de ese anormal modo se encarece o imposibilita el cumplimiento (supongamos, para que el sentido sea completo, que se fijaron intereses abusivos por la mora) y el juez declara la nulidad, integrará el contrato resolviendo, p. ej., que el lugar de pago es el de la sucursal.

3.3. Tratativas contractuales

Una obvia consecuencia y aplicación del principio de libertad es la prevista en el art. 990: "las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento".

Sin embargo la libertad coexiste con ciertos deberes de conducta:

a) el deber de buena fe, que es exigible a las partes durante toda la vida de la contratación, también lo es durante las tratativas previas a la concreción del contrato. Consecuentemente el art. 991 dispone: "durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente".

b) de la buena fe se deriva el deber de confidencialidad; en virtud del cual "si durante las negociaciones, una de las partes facilita a la otra una información confidencial(30), el que la recibió tiene el deber de no revelarla y de no usarla inapropiadamente en su propio interés" (art. 992).

El incumplimiento de ambos deberes puede dar lugar, conforme a lo expuesto, a la existencia de responsabilidad precontractual, en los términos de los arts. 991 y 992(31).

Cartas de intención: son instrumentos mediante los cuales una parte, o todas ellas, expresan un consentimiento para negociar sobre ciertas bases, limitado a cuestiones relativas a un futuro contrato.

Las mismas son de interpretación restrictiva y, en principio, no obligan a las partes; pues se trata de "papeles de trabajo" o borradores, donde se sientan bases o principios para avanzar en la negociación(32).

3.4. Contratos preliminares

Son los contratos que obligan, a una o a ambas partes, a celebrar un contrato definitivo.

Dispone el art. 994, aplicable a toda clase de contratos preliminares, que "deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares(33) que identifiquen el contrato futuro definitivo". No basta con que Juan y Pe-

---

(30) V.gr., dos empresas (*rectius*: sociedades) que producen los mismos bienes entran en tratativas para arribar a una fusión societaria. Si una de ellas revela información secreta sobre sus modos particulares de producción (v.gr., la famosa y misteriosa "fórmula secreta de la Coca Cola"), la otra parte no puede —si la fusión no se perfecciona— ni revelarla ni usarla en su propio beneficio.

(31) Conf. CURÁ - GARCÍA VILLALONGA, ob. cit., ps. 148 y ss.

(32) Sólo tienen la fuerza obligatoria de la oferta si cumplen sus requisitos (arts. 972 y 993).

(33) Así, en la compraventa, sobre el precio y la cosa vendida.

dro suscriban un instrumento, v.gr., obligándose a celebrar contratos; pues los preliminares son verdaderos contratos que obligan a celebrar otro, y este otro contrato debe estar determinado por sus elementos esenciales (v.gr., la cosa y el precio en la compraventa, igual en la locación).

El plazo de vigencia de las promesas previstas en esta sección es de un año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento.

3.4.1. Especies

Promesa de celebrar un contrato: es el preliminar mediante el cual las partes pactan la obligación de celebrar un contrato futuro (art. 995). Esta obligación es de hacer y se aplican los arts. 773, 775, 1018, *in fine*, y concs. Así, v.gr., un boleto de compraventa inmobiliaria genera la obligación de las partes de celebrar esa compraventa mediante escritura pública.

La única limitación, además del orden público, es que "el futuro contrato no puede ser de aquellos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad", como ocurre, v.gr., con la donación inmobiliaria o la de muebles registrables, previstas por el art. 1552.

Contrato de opción (art. 996). El contrato que contiene una opción de concluir uno definitivo otorga al beneficiario el derecho irrevocable de aceptarlo. Así, v.gr., Juan y Luis celebran un contrato por el que se le confiere la opción a Luis de comprar un inmueble de Juan, durante un plazo determinado. A diferencia de la promesa, en la opción, Luis no está obligado a comprar, tiene la facultad de hacerlo[(34)].

Puede ser gratuito u oneroso (en el ejemplo dependerá si Luis paga por esa opción) y debe observar la forma exigida para el contrato definitivo.

No es transmisible a un tercero, excepto que así se lo estipule.

3.5. Pacto de preferencia y contrato sujeto a conformidad

3.5.1. El pacto de preferencia

El pacto de preferencia (art. 997) genera una obligación de hacer a cargo de una de las partes, quien, si decide celebrar un futuro contrato, debe hacerlo con la otra o las otras partes.

A diferencia de la opción, en la preferencia quien la concede no está obligado a contratar, pero si quiere contratar, debe hacerlo con el beneficiario de la preferencia, siempre que éste ofrezca iguales condiciones de contra-

(34) Obviamente quien concede la opción (Juan) sí está obligado, pues la promesa es la contracara de la opción.

tación que un tercero. Así,, v.gr., Juan celebra un pacto de preferencia con María, por el cual no queda obligado a venderle el objeto pactado, pero sí queda obligado, en el caso de que quisiera vender, de notificar a María sobre cualquier oferta de modo que ésta ejerza su preferencia, por la cual si ofrece condiciones similares a la del tercero, debe ser preferida para celebrar el contrato. Para hacer efectiva la preferencia, el art. 998 dispone: "el otorgante de la preferencia debe dirigir a su beneficiario una declaración, con los requisitos de la oferta, comunicándole su decisión de celebrar el nuevo contrato, en su caso de conformidad con las estipulaciones del pacto. El contrato queda concluido con la aceptación del o de los beneficiarios".

Si se trata de participaciones sociales de cualquier naturaleza, de condominio, de partes en contratos asociativos o similares, el pacto puede ser recíproco, aclara el art. 997, *in fine*; agregando que "los derechos y obligaciones derivados de este pacto son transmisibles (o no) a terceros según lo estipulen" las partes en ejercicio de la autonomía de su voluntad.

3.5.2. Contrato sujeto a conformidad

Según el art. 999, es aquel "cuyo perfeccionamiento depende de una conformidad o de una autorización" y queda sujeto a las reglas de la condición suspensiva. Se trata de los llamados negocios *ad referendum*, por ejemplo: Juan vende a Pedro una cosa ajena (de María) pactando ambos someter la venta a la conformidad posterior de la dueña (María). Esta conformidad configura una condición suspensiva, es decir, que el contrato carece de efectos si no se produce la misma (arts. 343, 348, 349 y concs.).

4. INCAPACIDAD E INHABILIDAD PARA CONTRATAR

Los contratos, como los demás actos jurídicos, deben ser otorgados por personas capaces y que tengan legitimación respecto al objeto (arts. 22, ss. y concs.) El contrato celebrado sin esos requisitos es nulo (arts. 388, 1000, 1001 y concs.).

El efecto propio de la nulidad es que, por la falta de efectos del acto, las partes deben restituirse lo que hubieren recibido (arts. 390 y concs.) Ahora bien, como la llamada incapacidad de hecho se ha instituido para proteger al incapaz (v.gr., un menor), el art. 1000 establece que "declarada la nulidad del contrato celebrado por la persona incapaz o con capacidad restringida, la parte capaz no tiene derecho para exigir la restitución o el reembolso de lo que ha pagado o gastado, excepto si el contrato enriqueció a la parte incapaz o con capacidad restringida y en cuanto se haya enriquecido". De este modo se evita que la nulidad, sancionada para proteger al incapaz, termine perjudicándolo, tal como ocurriría si se lo obligase a devolver una prestación que ya no posee. Pero, por otra parte, tampoco sería justo que se enriqueciese sin causa, y es por eso que su obligación de restituir existe en la medida de su enriquecimiento.

Las inhabilidades para contratar son incapacidades de derecho o supuestos de falta de legitimación. La ley prohíbe ciertos contratos sobre ciertos objetos a determinadas personas, generalmente por razones éticas, de incompatibilidades o de orden público. En ese sentido el art. 1001 dispone, como regla general, que "no pueden contratar, en interés propio o ajeno, según sea el caso, los que están impedidos para hacerlo conforme a disposiciones especiales. Los contratos cuya celebración está prohibida a determinados sujetos tampoco pueden ser otorgados por interpósita persona".

Sin perjuicio de otras normas, el art. 1002 dispone que no pueden contratar en interés propio: a) los funcionarios públicos, respecto de bienes de cuya administración o enajenación están o han estado encargados; b) los jueces, funcionarios y auxiliares de la justicia, los árbitros y mediadores, y sus auxiliares, respecto de bienes relacionados con procesos en los que intervienen o han intervenido; c) los abogados y procuradores, respecto de bienes litigiosos en procesos en los que intervienen o han intervenido; d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí.

5. Objeto

Es "la operación jurídica considerada, el contenido concreto e integral del acuerdo, variable hasta el infinito gracias al principio consensualista"(35).

Del art. 1003 surge que el objeto del contrato debe ser lícito, posible(36), determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial.

5.1. Objetos prohibidos (arts. 1004 y 279)

No pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean(37).

---

(35) Mosset Iturraspe, ob. cit., p. 225. Existen diversas posturas sobre el objeto del contrato (si se trata de los efectos que produce, o bien las prestaciones, o las cosas y bienes objeto de esas prestaciones –llamadas objeto indirecto o mediato–, etc.) y su análisis excede el alcance práctico de esta obra. Lo que interesa y surge del sistema es que el propósito de la ley es sancionar la ilicitud, la que puede residir en la cosa (v.gr., venta de un bien de dominio público del Estado: la casa rosada), en la prestación (v.gr., imposición de una obligación de hacer que equivalga a la esclavitud del deudor) o en la causa fin del contrato (v.gr., locación de un inmueble para el ejercicio de la trata de personas).

(36) El art. 280 dispone: "El acto jurídico sujeto a plazo o condición suspensiva es válido, aunque el objeto haya sido inicialmente imposible, si deviene posible antes del vencimiento del plazo o del cumplimiento de la condición".

(37) Cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los arts. 17 y 56. El primero de ellos dispone que "Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y

El contrato de objeto ilícito es nulo (arts. 386, 280, *a contrario* y concs.). En el caso de las sociedades de objeto ilícito, rige el art. 18 de la ley 19.550, y tiene como consecuencia su liquidación, además de la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios y administradores por los perjuicios causados. Lo mismo ocurre cuando la sociedad tiene un objeto prohibido en razón del tipo societario (art. 20, ley 19.550).

5.2. Determinación

Cuando el objeto se refiere a bienes, éstos deben estar determinados en su especie o género según sea el caso, aunque no lo estén en su cantidad, si ésta puede ser determinada (art. 1005). Es determinable cuando se establecen los criterios suficientes para su individualización (v.gr., venta de vacas *Aberdeen angus*, en cantidad a determinar por un tercero, art. 1006).

5.3. Bienes futuros

Los bienes futuros pueden ser objeto de los contratos. La promesa de transmitirlos está subordinada a la condición de que lleguen a existir (v.gr., vendo los cachorros que han de nacer de una perra preñada, a condición de que nazcan vivos), excepto que se trate de contratos aleatorios (v.gr., si vendo el producto de la futura cosecha de trigo de un campo recién sembrado, cualquiera que sea la producción) (art. 1007).

5.4. Bienes ajenos

El art. 1008 dispone que los bienes ajenos pueden ser objeto de los contratos; siempre y cuando se aclare que son ajenos, pues si una persona "contrata sobre bienes ajenos como propios, comete estelionato [38] y es responsable de los daños si no hace entrega de ellos".

La hipótesis es la siguiente: Juan vende a Pedro un automóvil de María, por $ 10.000 [39] declarando que es de Luis. El contrato es válido, aunque cabe

---

sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales". Y el art. 56: "Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable".

(38) Se trata de un delito reprimido por el Código Penal.

(39) La utilidad práctica de la figura surge evidente si se repara que Juan puede acordar con María que lo transfiera por un monto menor (v.gr., $ 8000) para lucrar con la diferencia.

formular la siguiente distinción, que emerge de la ley (art. 1008 y principio contenido en el 1026):

a) "Si el que promete transmitirlos no ha garantizado el éxito de la promesa, sólo está obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice y, si por su culpa, el bien no se transmite, debe reparar los daños causados." Si Juan no ha garantizado a Luis que la venta se realizará, sólo se obliga a procurar, en forma diligente y por todos los medios necesarios, que María transfiera el automóvil vendido. En este caso Juan sólo responde si, a causa de su culpa o falta de diligencia, la transferencia no se perfecciona.

b) "Debe también indemnizarlos cuando ha garantizado la promesa y ésta no se cumple". En este supuesto, Juan ha garantizado que María transferirá a Pedro el automóvil por la suma acordada. Si la transferencia no se produce, por ejemplo, por no consentirlo María[(40)].

5.5. Bienes litigiosos, gravados, o sujetos a medidas cautelares

"Los bienes litigiosos, gravados, o sujetos a medidas cautelares, pueden ser objeto de los contratos, sin perjuicio de los derechos de terceros" (art. 1009). Al igual que ocurre con los bienes ajenos, quien contrata sobre bienes litigiosos, gravados (v.gr., con prenda o hipoteca) o sujetos a cautelares (v.gr., embargados), no debe ocultar al cocontratante el estado de los bienes, es decir, no puede contratar sobre ellos como si estuviesen libres de gravamen, pues, en su caso, podría cometer estelionato o defraudación.

El contrato sobre bienes litigiosos o embargados, si bien es válido, evidentemente no puede perjudicar a terceros, respecto de los cuales es inoponible. Así, Juan embarga un inmueble de Luis, por una deuda que éste tiene respecto de aquél. Luis puede vender el inmueble a María, aunque ésta reconocerá el embargo y esta cautelar le será plenamente oponible, de modo que si Luis no le paga a Juan, podrá éste sacar a remate el inmueble, ahora propiedad de María. Éste es el sentido de la ley al establecer que el contrato es válido "sin perjuicio de derechos de terceros" (María, en el caso).

Agrega la ley que "quien de mala fe contrata sobre esos bienes como si estuviesen libres debe reparar los daños causados a la otra parte si ésta ha obrado de buena fe". En el caso la buena fe "creencia" consiste en la ignorancia sobre el gravamen o litigio que pesaba sobre el bien objeto del contrato.

---

(40) Pues, por el principio de relatividad, si Juan no tiene poder para representar a María, no puede contractualmente obligarla: arts. 1021 y 1022. En el caso, Juan asume y garantiza una obligación personal, que nace en su cabeza y no en la del tercero dueño de los bienes sobre los que ha contratado (María).

5.6. Herencia futura

En principio, dispone el art. 1010, la herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares. El fundamento de la norma tiene raigambre moral y procura evitar especulaciones sobre la sucesión de quien aún no ha fallecido. Así Juan, uno de los hijos de Luis, no puede, v.gr., ceder su herencia ni sus derechos hereditarios sobre un inmueble de su padre a un tercero. Si lo hace el contrato es nulo.

Como excepción, la segunda parte del art. 1010 permite que "los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresaria o a la prevención o solución de conflictos" puedan "incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros".

Un ejemplo ilustrará la hipótesis: Una empresa familiar (organizada como SA) de Pedro, quien tiene 78 años y cinco hijos; tres de los cuales trabajan con él. En miras a evitar problemas sucesorios y mantener la dirección de la empresa, Pedro decide acordar con los herederos que la empresa (sus acciones si suponemos que se trata de una SA), a su muerte, se transmitirá a los tres hijos que trabajan con él y que uno de ellos será nombrado presidente. Ello es válido, siempre y cuando no se afecte la legítima, es decir, la proporción de la herencia que corresponde a los dos hijos que no participarán de la empresa.

5.7. Contratos de larga duración

El art. 1011, cuya ubicación metodológica es discutible, se refiere a los "contratos de larga duración", en los que el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Es el caso de ciertos contratos empresarios (v.gr., franquicia, distribución), en los que se requiere una gran inversión de capital y, por lo tanto, para amortizar esa inversión y obtener una ganancia razonable, una o ambas partes requieren que el vínculo contractual se prolongue en el tiempo, el cual, por lo tanto, se torna esencial para el cumplimiento de la operación económica (negocio) contenida en el contrato.

El transcurso del tiempo, además, puede generar alteraciones en el equilibrio contractual (valor de las prestaciones, margen de utilidades, etc.), lo que torna indispensable, para el cumplimiento del acuerdo y el mantenimiento de la justicia contractual, que las partes estén constantemente colaborando entre sí, de buena fe, y que eventualmente deban renegociar los términos originales del acuerdo.

En estos supuestos, dice la ley, “las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total”.

“La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”. Se trata de la aplicación del principio de buena fe.

6. Causa

La causa fin del contrato “es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad” (causa objetiva). “También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes” (causa motivo).

Se trata de un elemento esencial del contrato, de allí que el art. 1013 disponga: “la causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución. La falta de causa da lugar, según los casos, a la nulidad, adecuación o extinción del contrato”.

La causa debe ser lícita. En caso contrario, dispone el art. 1014, el contrato es nulo cuando: a) su causa es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres; b) ambas partes lo han concluido por un motivo ilícito o inmoral común. Si sólo una de ellas ha obrado por un motivo ilícito o inmoral, no tiene derecho a invocar el contrato frente a la otra, pero ésta puede reclamar lo que ha dado, sin obligación de cumplir lo que ha ofrecido. Es decir, que la ilicitud de la causa objetiva o bien de los motivos particulares por los cuales se contrató, generan la nulidad del contrato.

7. Forma

La forma es el modo como se manifiesta o exterioriza la voluntad de los contratantes: verbalmente, mediante escrito, por escritura pública, mediante conductas que importen la misma ejecución del contrato, etcétera.

7.1. Principio: aformalismo. Libertad de formas

Una aplicación del principio de libertad es el de libertad de formas, contenido en el art. 1010 y conforme al cual “Sólo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada”. Si la ley nada dice, las partes, por el principio de reserva, pueden acudir a la forma que estimen conveniente.

7.2. Contratos formales no solemnes

Por excepción, la ley exige una forma determinada para algunos contratos en particular (v.gr., art. 4°, ley 19.550, para el contrato constitutivo de la sociedad), y en la parte general, establece en el art. 1017 que "deben ser otorgados por escritura pública:

a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa; en cuyo caso la escritura pública puede suplirse por el acta respectiva.

b) los contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles;

c) todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública, pues lo accesorio sigue la suerte del principal (*accesorium sequitur suum principalis*);

d) los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública.

Los supuestos del art. 1017 establecen una formalidad o solemnidad relativa. Es decir, que si esos contratos no se celebran por escritura pública, la consecuencia no es la nulidad del acto, sino la prevista en el art. 1018, conforme al cual "el otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea asegurado su cumplimiento", lo cual es una aplicación del principio general en materia de obligaciones de hacer (arts. 777 y 730, inc. b]).

7.3. Contratos formales solemnes

Son aquellos cuya forma se exige bajo pena de nulidad, de modo que el incumplimiento de la forma legal acarrea su nulidad, como ocurre con los supuestos del art. 1552.

8. PRUEBA

Si los contratos no son voluntariamente cumplidos por las partes, puede ser necesaria su demostración en el juicio donde se demande su cumplimiento o resolución. En este caso, ¿cómo se prueban los contratos?

En principio, responde la ley, "los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales"; excepto disposición legal que establezca un medio especial (art. 1019).

Por excepción, debe acudirse a ciertos medios de prueba establecidos por la ley:

a) En los supuestos de contratos solemnes, pues obviamente la forma exigida es necesaria para su validez y, con mayor razón, para su demostración;

b) Para los contratos formales no solemnes, como los previstos en el art. 1017, también debe acudirse a la forma prevista; aunque, en ausencia de ésta, puede recurrirse a los restantes medios probatorios a los efectos de exigir el otorgamiento de la forma prevista (escritura pública, en el caso), en los casos del art. 1020.

c) Los contratos no formales, pero para los cuales la ley establece una forma *ad probationem*, es decir, a los fines de la prueba (como el caso de los contratos que usualmente se instrumentan, art. 1019), deben acreditarse, en principio, mediante la forma prevista; aunque si no se han celebrado en esa forma se les aplica también el art. 1020.

El art. 1020 establece: "Los contratos en los cuales la formalidad es requerida a los fines probatorios pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos, si hay [1] imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad, [pues, por principio, nadie está obligado a lo imposible (*imposibillia nulla obligatio*)] o [2] si existe principio de prueba instrumental [por ejemplo, un recibo(41)] o [3] si hubo comienzo de ejecución"; es decir, si una parte ejecutó ya sus prestaciones y la otra se niega a cumplir.

9. Efectos

9.1. Efecto relativo

Como regla general (receptada en el art. 1021), el contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley.

Es el llamado efecto relativo de los contratos o *res inter alios acta*. Juan no puede obligar contractualmente a Pedro, salvo que tenga poder para representarlo, tal como lo que aclara el art. 1022: "El contrato no hace surgir obligaciones a cargo de terceros, ni los terceros tienen derecho a invocarlo para hacer recaer sobre las partes obligaciones que éstas no han convenido, excepto disposición legal".

Sin embargo, si el contrato no puede generar efectos jurídicos directos en cabeza de terceros, sin el consentimiento de éstos; sí puede, indirecta-

(41) Se considera principio de prueba instrumental cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato.

mente, beneficiarlos o perjudicarlos (pues el patrimonio es prenda común de los acreedores, de modo que si el contrato aumenta o disminuye el patrimonio del contratante, beneficiará o perjudicará a los acreedores de éste, según el caso).

9.1.1. Partes

Los efectos del contrato, por tal principio, se producen entre las partes. Es parte de un contrato (art. 1023):

"a) quien lo otorga a nombre propio, aunque lo haga en interés ajeno[42];

"b) quien es representado por un otorgante que actúa en su nombre e interés[43];

"c) manifiesta la voluntad contractual, aunque ésta sea transmitida por un corredor o por un agente sin representación".

El art. 1025, por su parte, aclara el principio: "quien contrata a nombre de un tercero sólo lo obliga si ejerce su representación[44]. A falta de representación suficiente el contrato es ineficaz".

La ratificación[45] expresa o tácita del tercero suple la falta de representación; la ejecución del contrato implica su ratificación tácita.

9.1.2. Promesa del hecho de tercero

Dispone el art. 1026, que quien promete el hecho de un tercero queda obligado a hacer lo razonablemente necesario para que el tercero acepte la promesa. Si ha garantizado que la promesa sea aceptada, queda obligado a obtenerla y responde personalmente en caso de negativa[46]. Evidentemente se trata de una obligación que asume personalmente el promitente, y el tercero no queda obligado por el contrato, por aplicación del principio de relatividad.

---

(42) Es lo que ocurre en la comisión, en que el dueño del interés permanece oculto: los efectos del contrato caen en cabeza del comisionista, que es quien contrata como parte, aunque posteriormente puede haber subrogación o transmisión de los derechos emergentes del contrato.

(43) Juan otorga poder a Pedro para que compre en su representación. La parte compradora del contrato de venta será, obviamente, el representado (Juan) y no el representante (Pedro).

(44) Se trata del supuesto del inc. b) del art. 1023. La representación (*rectius*: el poder de representación) puede surgir de la ley (v.gr., los padres representan a un hijo incapaz), o de la voluntad (v.gr., un poder, la designación de un presidente de una SA) o de una designación judicial (v.gr., síndico en una quiebra).

(45) La ratificación es un acto unilateral del representado, mediante el cual presta conformidad con lo actuado y acepta, para sí, los efectos del contrato celebrado a su nombre.

(46) Principio este del que deriva la solución del art. 1008.

9.1.3. Sucesores universales (art. 1024)

Los efectos del contrato se extienden, activa y pasivamente, a los sucesores universales, a no ser que las obligaciones que de él nacen sean inherentes a la persona (v.gr., si se contrata a un pintor famoso para que pinte un retrato, y éste muere, la deuda no se transmite a su hijo), o que la transmisión sea incompatible con la naturaleza de la obligación, o esté prohibida por una cláusula del contrato o la ley (v.gr., el derecho a cobrar ciertas pensiones o jubilaciones no se transmite a los hijos).

9.2. Excepciones y limitaciones al principio de relatividad

9.2.1. Contrato a favor de tercero

Es aquel contrato "que las partes celebran para atribuir un derecho a un tercero que, sin embargo, no ha tenido participación ni directa ni indirecta en la celebración del negocio y que no queda por consiguiente obligado ni vinculado por él"(47). Juan (estipulante) vende un inmueble a Pedro (promitente) y se acuerda que el precio será pagado a María. Ésta es una tercera ajena al contrato, para quien no surgen obligaciones, pero sí un derecho, llamado estipulación(48).

El art. 1027 dispone: "Si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario, determinado o determinable, el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante".

Para que el tercero adquiera el derecho, es necesaria su aceptación(49). Producida ésta, "el tercero aceptante obtiene directamente los derechos y las facultades resultantes de la estipulación a su favor".

El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si éste tiene interés en que sea mantenida.

---

(47) Diez Picazo, ob. cit., p. 532.

(48) Promitente es quien se obliga a realizar la prestación a favor del tercero. El estipulante, en cambio, es quien dirige la estipulación (que normalmente hubiera nacido a su favor: pues lo habitual es que el vendedor —y no un tercero— reciba el precio) a favor del tercero. La razón, por la cual el estipulante deriva el beneficio a favor del tercero, es ajena al contrato y puede explicarse por su propia causa: v.gr., Juan puede pactar que el precio le sea pagado a María para hacerle una liberalidad (*donandi causa*), o bien para realizarle un préstamo que después María le devolverá (*credendi causa*) o, puede hacerlo para pagar una deuda que tiene con María (*solvendi causa*).

(49) Las facultades del tercero beneficiario de aceptar la estipulación y de prevalerse de ella luego de haberla aceptado, dispone la norma, no se transmiten a sus herederos, excepto que haya cláusula expresa que lo autorice.

Si existieran dudas sobre la redacción y alcance del contrato[50], dispone la parte final del art. 1027 que "la estipulación es de interpretación restrictiva"; lo cual es razonable toda vez que se trata de una situación excepcional, siendo lo normal que las partes de los contratos bilaterales reciban las prestaciones de la contraria.

Relaciones entre las partes. El promitente puede oponer al tercero las defensas derivadas del contrato básico y también las fundadas en otras relaciones con él (art. 1028); así, v.gr., si María (tercera) fuese deudora de Pedro (promitente), puede éste compensar su crédito con la estipulación que surge del contrato celebrado con Juan (estipulante)

El estipulante, por su parte, puede: a) exigir al promitente el cumplimiento de la prestación, sea a favor del tercer beneficiario aceptante, sea a su favor (si el tercero no la aceptó o el propio estipulante la revocó); es decir, que ambos (estipulante y tercero que aceptó la estipulación) tienen acción contra el promitente para que cumpla el contrato; b) resolver el contrato en caso de incumplimiento, aunque sin perjuicio de los derechos del tercero beneficiario[51].

9.2.2. Contrato para persona a designar (art. 1029)

Cualquier parte puede reservarse la facultad de designar ulteriormente a un tercero para que asuma su posición contractual. Mientras no haya una aceptación del tercero, el contrato produce efectos entre las partes; pero una vez que se designa el tercero y éste "acepta la nominación y su aceptación es comunicada a la parte que no hizo la reserva", el tercero designado asume la "posición contractual con efectos retroactivos a la fecha del contrato".

La comunicación de la aceptación del tercero debe revestir la misma forma que el contrato, y ser efectuada dentro del plazo estipulado (rige la autonomía de la voluntad) o, en su defecto, si no se acordó un plazo, dentro de los quince días desde su celebración.

La figura puede cumplir dos funciones: 1) gestión o mandato indirecto: el contratante que se reserva la posibilidad de designar a un tercero, ya está vinculado con éste, quien desea sin embargo permanecer oculto hasta que se celebre el contrato (v.gr., si el tercero es un conocido millonario y teme que si él contrata le exijan un precio mayor); 2) intermediación: el contratante es un intermediario que compra y espera encontrar, poste-

(50) Por ejemplo, si por una confusa redacción no queda claro si Juan actúa como comisionista o gestor de negocios de María o si simplemente pretende realizar una estipulación en su favor.

(51) El eventual perjuicio dependerá de la relación accesoria que existiere entre estipulante y tercero, y la causa de la estipulación (si fue *donandi, solvendi* o *credendi causa*, etc.).

riormente, a quien transferir los bienes por un precio mayor, reservándose para ello la posibilidad de designarlo (como parte contractual) cuando lo encuentre(52).

9.2.3. Contrato por cuenta de quien corresponda (art. 1030)

El contrato celebrado por cuenta de quien corresponda queda sujeto a las reglas de la condición suspensiva. El tercero asume la posición contractual cuando se produce el hecho que lo determina como beneficiario del contrato(53).

9.2.4. Contratos conexos

Una importante excepción al principio de relatividad se encuentra en la conexidad contractual.

Hay conexidad(54), dice el art. 1073, cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el art. 1074.

Existen diversos supuestos: así, p. ej., existe conexidad en ciertas hipótesis de créditos al consumo (art. 36, ley 24.240); en la larga cadena de contratos que vinculan la fabricación de productos elaborados con su distribución, venta al por mayor y por menor y su adquisición final para consumo (art. 40, ley 24.240) y en los conjuntos de contratos que configuran sistemas contractuales, en los cuales todos los convenios se encuentran relacionados por su pertenencia al sistema y su función dentro del mismo (v.gr., tarjeta de crédito, *shopping center*, etc.).

En estos supuestos, la conexidad entre los contratos vinculados por la finalidad común o por el sistema que integran, genera consecuencias; entre las que se destaca la responsabilidad por daños sufridos por el consumidor por productos elaborados, de todos los que participaron en la cadena de contratos previos al de consumo (art. 40, ley 24.240); y la propagación de ciertos efectos de los contratos a aquellos que le son conexos, aunque tengan partes diferentes. En ese sentido la ley prevé:

a) *Interpretación* (art. 1074): Los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado

(52) Diez Picazo, ob. cit., p. 548.
(53) Mauvecin, en Curá - García Villalonga, ob. cit., t. III, p. 303.
(54) Wayar, "Contratos conexos", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de la Univ. Nac. de Tucumán*, nro. 1, ps. 2 y ss.

que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido.

b) *Efectos* (art. 1075): Según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aun frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común.

9.3. Cumplimiento simultáneo. Suspensión. Tutela

En los contratos bilaterales, se dijo ya, rige la justicia conmutativa, la que implica no sólo cierta equivalencia en las prestaciones sino, además, que ambas partes deben cumplirlas simultáneamente, en principio y salvo que se haya pactado otra cosa (v.gr., que la obligación del comprador de pagar el precio es a plazo o en cuotas). Para mantener la equivalencia y la simultaneidad, la ley menta dos institutos:

a) *Suspensión del cumplimiento* (art. 1031): una de las partes puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir la suya. Es la llamada *exceptio non adimpleti contractus* conforme a la cual, v.gr., Pedro (vendedor) no puede exigir a Juan (comprador) el pago del precio, si no entrega simultáneamente la cosa vendida. Hasta que Pedro no cumpla con su prestación, no podrá exigir el cumplimiento a Juan, lo que resulta de evidente y estricta justicia.

La suspensión del propio cumplimiento puede deducirse judicialmente como acción, o bien, como excepción en caso de ser demandado.

b) *Tutela preventiva*. Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia.

La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado.

La hipótesis es la siguiente: Juan vende un inmueble a Pedro —quien es muy solvente y estipula en el contrato que compra para su hijo Luis—, obligándose a transferírselo en un plazo de dos meses, pero pactan que el comprador abonará el precio financiado en 15 años. Supongamos que Pedro comienza a enajenar sus bienes (que son prenda común de sus acreedores, es decir, la garantía de que Juan podrá cobrarle el precio) y a contraer numerosas y cuantiosas deudas. Ante el notorio riesgo de su insolvencia, para proteger a Juan, la ley le permite suspender la transferencia del inmueble hasta que Pedro cumpla (es decir le pague el precio íntegro) o bien, dé garantía suficiente del cumplimiento (v.gr., constituya una hipoteca).

9.4. Saneamiento

Quien transmite bienes(55) a título oneroso, garantiza al adquirente por evicción, es decir, que responde por la existencia y legitimidad del derecho que trasmite, de modo que si el adquirente es vencido por un tercero (que tiene un mejor derecho sobre la cosa) es responsable por el saneamiento.

9.4.1. Garantía de evicción

Se trata de una cláusula natural de los contratos onerosos, es decir, que aunque las partes no la prevean, igualmente existe y se entiende implícita; aunque ellas, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, "pueden aumentarla, disminuirla o suprimirla" (art. 1036), si bien con algunos límites que la propia ley impone, por ejemplo, en el art. 1038.

Debe garantía de evicción el transmitente de bienes a título oneroso y sus antecesores, en tanto sean sus transmisiones posteriores o contemporáneas al título del tercero reivindicante o evincente (art. 1033)(56). Así, por ejemplo, "A" vende un inmueble a "B" en 1989, éste transmite a "C" en 1997, "C" vende a "D" en 2004 y "D" vende a "E" en 2011. Si un tercero deduce juicio de reivindicación contra "E", y gana el juicio invocando un título o mejor derecho que data del año 2000, responden por evicción solamente "C" y "D"; no así "A" y "B", porque sus títulos son anteriores al del reivindicante, lo que implica que cuando ellos transmitieron, lo hicieron sin vicios.

a) El principio de evicción o turbación. Se produce cuando un tercero reclama un derecho sobre la cosa transferida, v.gr., cuando envía una carta documento o demanda por reivindicación al adquirente. En este caso el adquirente debe citar al transmitente al juicio para que defienda su título o derecho (art. 1046), pues si no lo cita pierde el derecho a saneamiento (1048 inc. a])(57).

---

(55) Conf. Wayar, *Evicción y vicios redhibitorios*, Astrea, Buenos Aires, 1989. Dice el art. 1033 que el deber de saneamiento compete no sólo a quien transmite, por contrato oneroso, bienes; sino también a quien divide bienes (v.gr., un condominio), a quien entrega bienes en pago (dación en pago), etcétera.

(56) Quien transmite a título gratuito, en principio, no garantiza por evicción, pero sí sus antecesores a título oneroso. Además, el adquirente a título gratuito "puede ejercer en su provecho las acciones de responsabilidad por saneamiento correspondientes a sus antecesores" (art. 1035). Así, si "A" vende una cosa a "B", éste a "C", éste a su vez se la vende a "D" y este último se la dona a "E"; y "E" (adquirente a título gratuito) es vencido en un juicio de reivindicación por "T" (que tiene un título anterior al de "B"), entonces "E" tiene acción por saneamiento (no contra "D" pero sí) contra "C", "B" y "A", quienes son obligados concurrentes (art. 1042).

(57) Sin embargo, la responsabilidad subsiste si el adquirente prueba que, por no haber existido oposición justa que hacer al derecho del vencedor, la citación oportuna del garante por evicción, o la interposición o sustanciación de los recursos, eran inútiles; o que el allanamiento o el laudo desfavorable son ajustados a derecho (art. 1048, *in fine*).

b) La evicción producida. La evicción efectivamente se produce cuando el adquirente es vencido por el tercero, por ejemplo, cuando éste gana el juicio de reivindicación, privándolo, por sentencia judicial, del derecho que había adquirido.

Los efectos de la evicción producida son los siguientes:

1) El adquirente evicto puede optar entre: a) reclamar el saneamiento del título o la subsanación de los vicios; b) reclamar un bien equivalente, si es fungible; o c) declarar la resolución del contrato(58).

2) También tiene derecho a la reparación de los daños, excepto: a) si conoció, o pudo conocer el peligro de la evicción; b) si el enajenante no conoció, ni pudo conocer el peligro de la evicción(59); c) si la transmisión fue hecha a riesgo del adquirente; o d) si adquirió el bien en subasta judicial o administrativa (art. 1040).

3) El garante debe pagar al adquirente los gastos afrontados para la defensa de sus derechos; salvo si: a) no citó al garante al proceso; b) citó al garante, y aunque éste se allanó, continuó con la defensa y fue vencido (art. 1047).

Cesación de la responsabilidad (art. 1048). En los casos en que hubo juicio, la responsabilidad por evicción cesa: a) si el adquirente no cita al garante(60); b) si el garante no comparece al juicio y el adquirente, de mala fe, no opone las defensas y recursos judiciales pertinentes; pues la ley no quiere que el adquirente sea negligente en su defensa; c) si el adquirente se allana a la demanda sin la conformidad del garante; o somete la cuestión a arbitraje y el laudo le es desfavorable.

Sin embargo, la responsabilidad subsiste si el adquirente prueba que, por no haber existido oposición justa que hacer al derecho del vencedor, la citación oportuna del garante por evicción, o la interposición o sustanciación de los recursos eran inútiles; o que el allanamiento o el laudo desfavorable son ajustados a derecho; pues en estos casos, actuar de modo contrario sólo hubiera implicado mayores gastos, es decir, mayores perjuicios.

---

(58) Art. 1039. Según el art. 1049, el evicto puede declarar la resolución: a) si los defectos en el título afectan el valor del bien a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no lo habría adquirido, o su contraprestación habría sido significativamente menor (es decir que el defecto debe ser grave); b) si una sentencia o un laudo produce la evicción. En cambio, no puede resolver el contrato cuando su título se sanea y perfecciona por prescripción adquisitiva, en cuyo caso no sufre perjuicio (art. 1050); o cuando el defecto es subsanable y el garante ofrece subsanarlo (art. 1057).

(59) En estos dos casos el enajenante no responde por los daños pero sí debe restituir el precio recibido. Agrega le ley que "la exención de responsabilidad por daños prevista en los incisos a) y b) no puede invocarse por el enajenante que actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación, a menos que el adquirente también se desempeñe profesionalmente en esa actividad".

(60) O si lo cita después de vencido el plazo que establece la ley procesal, dado que los efectos son similares.

9.4.2. Responsabilidad por vicios ocultos

Los vicios ocultos son defectos materiales de la cosa transmitida a título oneroso, existentes al momento de la transmisión, que la hacen impropia para su destino y que no han podido ser conocidos por el adquirente; v.gr., si se compra un caballo pura sangre de carrera, ignorando que padece dolencias cardíacas que le impiden correr. En principio (art. 1051), "la responsabilidad por defectos ocultos se extiende a los vicios redhibitorios, considerándose tales los defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido, o su contraprestación hubiese sido significativamente menor" y, en general, a los defectos no comprendidos en las exclusiones del art. 1053.

Los defectos deben ser ocultos; esto significa que el adquirente no los conoció ni los "debió haber conocido mediante un examen adecuado a las circunstancias del caso al momento de la adquisición". Además, deben haber existido al momento de la transmisión, pues de lo contrario, si son posteriores, no hay responsabilidad, dado que las cosas perecen para su dueño (*res perit domino*) (art. 1053 y concs.).

Por tratarse de una cláusula natural, las partes pueden ampliar la garantía (art. 1052) o suprimirla, salvo en perjuicio del consumidor o adherente; así como pueden ampliar el plazo de caducidad de la acción, previsto en el art. 1055.

El adquirente tiene la carga de denunciar expresamente la existencia del defecto oculto al garante dentro de los 60 días de haberse manifestado o desde que pudo advertirlo, bajo pena de la extinción de la responsabilidad del enajenante (art. 1054).

Efectos: Si el defecto es subsanable y el enajenante ofrece hacerlo, el adquirente no puede resolver el contrato, debe aceptar la subsanación. Caso contrario, puede resolver el contrato (arts. 1056, 1057).

9.5. Señal o arras

Se trata de un contrato, accesorio, que se perfecciona mediante la entrega de una prestación (usualmente dinero), para confirmar (sirviendo como prueba e incentivo ara cumplirlo) a otro contrato —v.gr., de compraventa— (en cuyo caso las arras se llaman confirmatorias), o bien para conferir el derecho de arrepentimiento (arras penitenciales), y en este último caso las partes pueden arrepentirse del contrato (de compraventa, en el ejemplo), perdiendo el valor de la seña, la cual cumple una función indemnizatoria[61].

---

(61) Conf. Vargas Balaguer, en Curá - García Villalonga, *Código*, cit., t. III, ps. 377 y ss.

El art. 1059 dispone: “la entrega de señal o arras se interpreta como confirmatoria del acto, excepto que las partes convengan la facultad de arrepentirse; en tal caso, quien entregó la señal la pierde en beneficio de la otra, y quien la recibió, debe restituirla doblada”.

Como señal o arras pueden entregarse dinero o cosas muebles. Si es de la misma especie que lo que debe darse por el contrato, la señal se tiene como parte de la prestación si el contrato se cumple (art. 1060). Así, si la seña es entregada por el comprador, y consiste en dinero, al cumplirse la compraventa la seña se imputa a cuenta de precio.

10. INTERPRETACIÓN

Interpretar(62) el contrato es desentrañar la voluntad común de las partes, reconstruirla, determinar cuál es el alcance y contenido del acuerdo, cuestión que no siempre es simple, dado que pueden existir ambigüedades, errores en la expresión o redacción, lagunas, situaciones no previstas expresamente o sobreentendidas, etcétera.

La interpretación es realizada por las partes al momento de cumplir el contrato y, si surgieren conflictos (v.gr., discrepancias sobre el alcance de alguna cláusula) y las partes terminan en juicio, la interpretación será realizada por el juez.

La ley contiene algunos principios que sirven de guía para la interpretación:

a) En primer lugar el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe (art. 1061), es decir conforme a lo que razonablemente entendieron o debieron entender contratantes leales, cuidadosos y previsores (doctr. art. 961 y concs.).

b) Interpretación restrictiva (art. 1062): “Cuando por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva, debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad”. No corresponde, por ende, recurrir a la analogía ni ampliar el alcance de las cláusulas(63).

Ahora bien, esta disposición, que impone la interpretación restrictiva, “no es aplicable a las obligaciones del predisponente y del proveedor en los contratos por adhesión y en los de consumo, respectivamente” (1062, *in fine*), lo cual es justo y lógico, pues sería abusivo que el predisponente pudiera preformular la regla de interpretación restrictiva en su favor. Por otra parte, debe agregarse que 1) la interpretación, en estos supuestos, debe hacerse en sentido contrario a los intereses del predisponente o del provee-

---

(62) DIEZ PICAZO, ob. cit., p. 495.

(63) V.gr., si las partes pactaron que el precio debe pagarse, estrictamente, en dólares estadounidenses, y que debe interpretarse estricta y literalmente dicha cláusula, por vía interpretativa no puede concluirse que el deudor puede pagar en otra moneda.

dor (arts. 987, 1095 y concs.); 2) el principio de interpretación restrictiva rige plenamente a favor del adherente y el consumidor.

c) El art. 1063 dice: "las palabras empleadas en el contrato(64) deben entenderse en el sentido que les da el uso general, es decir su significado común; excepto que tengan un significado específico que surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y prácticas del lugar de celebración conforme con los criterios dispuestos para la integración del contrato".

d) Conforme al art. 1064, las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto. Pues el contrato es (o debe serlo) un sistema normativo coherente y sus cláusulas tienen sentido no aisladamente, sino dentro del sistema y en relación al todo.

e) Dispone el art. 1065: Cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se deben tomar en consideración: 1º) las circunstancias en que se celebró, incluyendo las negociaciones preliminares (resultando importantes al efecto las minutas y borradores, correspondencia, etc.); 2º) la conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración; pues esa conducta es demostrativa de su voluntad(65); y 3º) la naturaleza y finalidad del contrato (v.gr., si el contrato es de cambio, o tiene función de garantía, o si es gratuito; etc.).

f) Por el principio de conservación, si hay duda sobre la eficacia del contrato o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato (art. 1066).

g) Cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores persisten aún las dudas, la ley establece (art. 1068), razonablemente, que

1) si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado. Ello es justo, dado que quien realiza una liberalidad no debe verse perjudicado, por vía interpretativa, soportando una carga mayor que la que voluntariamente asumió, especialmente porque no hay contraprestación; y es además razonable, dado que lo habitual es que los unos no sean deudores de los otros;

2) si es a título oneroso, debe interpretarse en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes, es decir en el sentido más equilibrado y justo(66).

---

(64) Y también las "conductas, signos y expresiones no verbales con los que el consentimiento se manifiesta".

(65) Se aplica la doctrina de los actos propios, derivada de la buena fe, conforme a la cual es "inadmisible la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto" (art. 1067).

(66) V.gr., si en un contrato se dice que los gastos de entrega de la cosa vendida son a cargo del interesado, sin aclararse el lugar de cumplimiento. Si el precio es excesivamente

11. SUBCONTRATO

El subcontrato es un nuevo contrato mediante el cual el subcontratante crea a favor del subcontratado una nueva posición contractual derivada de la que aquél tiene en el contrato principal (art. 1069). Así, v.gr., Juan, mediante un contrato de locación de cosa, alquila un inmueble a Pedro y éste subalquila a María (el mismo inmueble o una parte) mediante otro contrato (del cual Juan no es parte). Este segundo acuerdo, entre el locatario (Pedro, llamado *subcontratante* por el Código) y sublocataria (María, llamada *subcontratada*) es un subcontrato, que crea una nueva posición contractual (la de María).

En principio, dispone el art. 1070, en los contratos con prestaciones pendientes, éstas pueden ser subcontratadas, en el todo o en parte, a menos que se trate de obligaciones que requieren prestaciones personales(67). Por la autonomía de la voluntad pueden las partes, y de hecho en la práctica no es infrecuente que especialmente los locadores lo hagan, prohibir la subcontratación.

Efectos: 1) El subcontratante, que es parte en ambos contratos (el principal y el subcontrato), obviamente puede demandar y ser demandado por el cumplimiento de ambos.

2) El subcontratado, conforme al art. 1071, dispone de: a) las acciones emergentes del subcontrato, contra el subcontratante; en el ejemplo, María puede accionar contra Pedro para que mantenga el inmueble en estado adecuado para su uso y goce (art. 1201): b) "también de las acciones que corresponden al subcontratante, contra la otra parte del contrato principal, en la extensión en que esté pendiente el cumplimiento de las obligaciones de éste respecto del subcontratante". Estas acciones son directas(68) y se rigen por lo dispuesto en los arts. 736 a 738.

3) La parte que no ha celebrado el subcontrato mantiene contra el subcontratante las acciones emergentes del contrato principal; pues evidentemente el subcontratante no puede desobligarse frente a aquél por su propia voluntad (art. 1072). Dispone también de las acciones que corresponden al subcontratante contra el subcontratado, y puede ejercerlas en nombre e in-

---

bajo, es lógico interpretar en el sentido de que los gastos son a cargo del comprador, pues una interpretación contraria llevaría a un perjuicio aún mayor del vendedor.

(67) Si se contrata a un pintor famoso para que pinte un retrato, no es razonable que éste subcontrate a cualquier persona al efecto, pues para el cumplimiento de la prestación se requieren cualidades personales (las del famoso pintor) que han sido consideradas por quien lo contrató (y seguramente inciden en el precio acordado).

(68) La acción directa emana de la ley y se funda en la vinculación entre los contratos. Debe distinguirse de la acción subrogatoria, regulada por los arts. 739 y ss., que compete a cualquier acreedor (con las limitaciones del art. 741) para accionar por vía oblicua contra el deudor de su deudor.

terés propio: en el ejemplo, Juan podría demandar por el pago del alquiler tanto a Pedro como a María.

Debe distinguirse el subcontrato de la cesión de la posición contractual, regulada por los arts. 1636 y ss. En la cesión, no se crea una posición contractual nueva, sino que se transmite la existente, resultando necesario el consentimiento del cedido (es decir, de quien no es parte en la cesión). La principal diferencia práctica es que el cedente, a diferencia del subcontratante, queda desobligado frente al cedido (art. 1637), excepto que éste no consintiera la cesión, en cuyo caso tendrá acción contra ambos: cedente y cesionario.

12. Extinción, modificación y adecuación del contrato

12.1. Introducción

Lo normal o natural es —o debería ser— que las partes cumplan voluntariamente los contratos que pactan. El cumplimiento, que en la vida de los negocios es la regla, se identifica con la producción de los efectos queridos por las partes al contratar (la causa fin del negocio).

Sin embargo, existen numerosas situaciones o razones por las cuales no se producen los efectos propios de los contratos, sino que los mismos se extinguen o se modifican[(69)]. Entre esas razones puede señalarse a:

1) *la nulidad*: privación de efectos del contrato por un vicio congénito, es decir, producido en el nacimiento del vínculo, v.gr., el defecto de forma (donación inmobiliaria por instrumento particular), la ilicitud del objeto, etcétera.

2) *la inoponibilidad*, por la cual los efectos de un contrato válido no se producen frente a determinadas personas: v.gr., la cesión de créditos es inoponible frente al deudor cedido si no le es notificada[(70)].

3) *la resolución*, *la rescisión* y *la revocación*, que son tratadas sistemáticamente por el Código en el capítulo 13 del título II del Libro III.

12.2. La rescisión bilateral o distracto

Está regulada por el art. 1076 y es un acuerdo de los contratantes mediante el cual dejan sin efecto o extinguen un contrato antes celebrado por ellas. Nada impide que las partes manifiesten su común acuerdo para dejar

---

(69) López de Zavalía, ob. cit., p. 347.

(70) Arts. 1620, 1621 y concs. Mediante la acción *pauliana*, un contrato, celebrado en perjuicio de los acreedores del contratante, puede serle declarado inoponible sin perjuicio de su validez (ver arts. 338 y ss.).

sin efecto un contrato, y "esta extinción, excepto estipulación en contrario, sólo produce efectos para el futuro"; es decir, que subsisten los efectos ya cumplidos del contrato, salvo que las partes acuerden otra cosa.

Evidentemente la rescisión bilateral "no afecta derechos de terceros". Así, v.gr., Juan, por un contrato de cesión, cede a Pedro un derecho, y posteriormente María, acreedora del cesionario (Pedro), lo embarga. Obviamente nada impide que las partes (Juan y Pedro) puedan después rescindir el contrato de cesión, pero esa rescisión no afecta los derechos de terceros (María, cuyo embargo subsiste).

12.2.1. La extinción del contrato por vía unilateral

Este modo de extinción, es decir, por declaración de una de las partes, reconoce tres especies, operativas en los casos previstos por el contrato o la ley:

a) Revocación. Se llama así a la extinción de un acto unilateral (v.gr., el testamento) y, por extensión —referida ya a los contratos, que son actos bilaterales— a la resolución o a la rescisión unilateral producida en ciertos contratos: el mandato (arts. 1329 y concs.) y la donación (art. 1569).

En otros términos, la revocación no es otra cosa que la misma rescisión unilateral (en el caso del mandato) o bien, la resolución por incumplimiento (en el caso de la donación); simplemente recibe —en el ámbito de esos dos contratos— ese particular nombre, por razones históricas[71].

En el ámbito de los contratos y relaciones de consumo, la ley faculta también al consumidor a "revocar" la aceptación contractual (arts. 1110 y ss.) y si bien la aceptación es un acto unilateral, en la práctica los alcances de su revocación son similares a los supuestos comprendidos en este capítulo, pues el contrato ya concluido se ve privado de efectos.

b) Rescisión es "una forma de extinción de los contratos que opera para el futuro y depende de una causa sobreviviente"[72].

La rescisión unilateral es posible sólo si ha sido pactada en el contrato[73] o si es autorizada por la ley (v.gr., el derecho de receso en los casos del art. 78 de la ley 19.550); y, en general, pueden rescindirse unilateralmente, y aun sin expresar causa, los contratos de duración (de ejecución continuada o periódica, v.gr., mandato, contrato de trabajo, etc.), pues lo contrario importaría una atadura perpetua para los contratantes incompatible con

---

(71) Por la asimilación o confusión que el Código Napoleón hacía entre el mandato y el otorgamiento de poder (acto unilateral), por una parte; y por la otra, entre la donación y los testamentos: LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., p. 348.

(72) LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., ps. 348 y ss.

(73) V.gr., una cláusula establece o reserva el derecho de rescindir para alguna de las partes. Ver, en particular, el art. 89 de la ley 19.550.

el principio de libertad; salvo lo dispuesto por el art. 1011 y las limitaciones impuestas por la buena fe y la prohibición del abuso de derecho.

c) Resolución. Es la extinción de un contrato, con efectos retroactivos, y que puede producirse automáticamente (v.gr., si se cumple una condición resolutoria) o por voluntad de una de las partes en los casos previstos por la ley, y que son los que aquí interesan.

12.2.2. Reglas generales para la extinción unilateral

Dispone el art. 1078 que:

a) la rescisión, revocación o resolución se ejercen extrajudicialmente mediante comunicación a la otra parte(74) o mediante demanda judicial;

b) "la otra parte puede oponerse a la extinción si, al tiempo de la declaración, el declarante no ha cumplido, o no está en situación de cumplir, la prestación que debía realizar para poder ejercer la facultad de extinguir el contrato"; es decir, que rige la excepción de incumplimiento (doctr. art. 1031);

c) la extinción del contrato no queda afectada por la imposibilidad de restituir que tenga la parte que no la declaró(75);

d) la parte que tiene derecho a extinguir el contrato puede optar por requerir su cumplimiento y la reparación de daños, pues se trata del efecto normal de las obligaciones (art. 730 y concs.). Esta demanda por cumplimiento no impide después requerir la resolución del contrato, pues puede ocurrir que durante el curso del proceso pierda interés en el mismo(76); pero, por el contrario, la demanda por extinción del contrato impide ulteriormente requerir el cumplimiento;

e) la extinción del contrato deja subsistentes las estipulaciones referidas a las restituciones, a la reparación de daños, a la solución de las controversias y a cualquiera otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la extinción; dado que las partes pueden haber previsto determinadas

---

(74) Por ejemplo, enviando una carta documento. "La comunicación de la declaración extintiva del contrato produce su extinción de pleno derecho, y posteriormente no puede exigirse el cumplimiento ni subsiste el derecho de cumplir. Pero, en los casos en que es menester un requerimiento previo (como ocurre cuando la cláusula comisoria o resolutoria es tácita), si se promueve la demanda por extinción sin haber intimado, el demandado tiene derecho de cumplir hasta el vencimiento del plazo de emplazamiento".

(75) Para estimar el valor de las restituciones del acreedor se toman en cuenta las ventajas que resulten o puedan resultar de no haber efectuado la propia prestación, su utilidad frustrada y, en su caso, otros daños (art. 1081, inc. c]).

(76) Es más, el art. 1085 dispone: "La sentencia que condena al cumplimiento lleva implícito el apercibimiento de que, ante el incumplimiento, en el trámite de ejecución, el acreedor tiene derecho a optar por la resolución del contrato, con los efectos previstos en el artículo 1081".

consecuencias y sanciones para el supuesto de incumplimiento o de rescisión (cláusulas penales, intereses punitorios, etc.).

12.2.3. Efectos

Cuando el contrato es extinguido, "las partes deben restituirse, en la medida que corresponda, lo que han recibido en razón del contrato, o su valor" (art. 1080), pues al extinguirse el contrato, las prestaciones quedan sin causa y deben, lógicamente, restituirse (doctr. arts. 1796, y concs.), con los siguientes alcances:

a) la restitución debe ser recíproca y simultánea (art. 1081 y doctr. art. 1031);

b) las prestaciones cumplidas quedan firmes y producen sus efectos en cuanto resulten equivalentes(77), si son divisibles y han sido recibidas sin reserva respecto del efecto cancelatorio de la obligación (art. 1081, inc. b]): así, v.gr., si Luis vendió y entregó a Juan mil pares de zapatos, y éste sólo pagó doscientos; resuelto el contrato se compensan los doscientos pares pagados, debiendo Juan restituir ochocientos pares, además, obviamente, de pagar los daños y perjuicios; salvo que en el contrato hubieran pactado otra cosa.

12.2.4. Operatividad de los efectos

Aclara el art. 1079 que, excepto disposición legal en contrario: a) la rescisión unilateral y la revocación producen efectos sólo para el futuro (*ex nunc*); b) la resolución produce efectos retroactivos entre las partes (*ex tunc*), y no afecta el derecho adquirido a título oneroso por terceros de buena fe. Así, si Juan vendió una cosa a Pedro y le transmitió el dominio, y María (acreedora de Pedro), la embargó; los efectos de la resolución no la perjudican y el embargo subsiste, lo cual es lógico (*res inter alios acta*), pues de lo contrario le bastaría a Pedro no cumplir con la compraventa y forzar su resolución, para perjudicar a sus acreedores (en el caso, María).

12.2.5. Responsabilidad

Como el incumplimiento es un acto ilícito, el responsable queda obligado a reparar el daño causado a la parte cumplidora, en los términos del art. 1082, de los principios generales en materia de daños y conforme a las normas especiales que, para cada tipo de contrato, prevea la ley.

12.2.6. Configuración del incumplimiento resolutorio

Dispone el art. 1084 que "a los fines de la resolución, el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato". Conforme a las exigencias de la buena fe, para justificar la resolución, el incumplimiento

(77) Por principio, la resolución puede ser total o parcial, ver art. 1083.

debe ser grave(78); razón por la cual no puede resolverse un contrato ante una falta de pequeña entidad o escasa importancia, cuestión esta de hecho y que debe apreciarse en cada caso concreto.

Con una redacción confusa y en la que se mezclan conceptos, el art. 1084 prescribe diversas hipótesis de cuándo debe considerarse que la falta de cumplimiento del contrato es esencial: si el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato; si el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del interés del acreedor (v.gr., un vestido de novia debe entregarse antes del casamiento); si el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar (v.gr., si se entrega vino avinagrado, que no puede consumirse); si el incumplimiento es intencional o si el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor (pues, en este caso, no tiene sentido esperar o demandar el cumplimiento).

12.2.7. Clases

La cláusula comisoria o resolutoria puede ser:

a) expresa: cuando las partes la han incorporado al contrato, estipulando expresamente que "la resolución se produzca en caso de incumplimientos genéricos o específicos debidamente identificados". En este supuesto, la resolución surte efectos a partir de que la parte interesada comunica a la incumplidora en forma fehaciente su voluntad de resolver, v.gr., enviándole una carta documento (arts. 1086 y 1078, inc. a]).

b) tácita o implícita: en los contratos bilaterales la cláusula resolutoria es implícita, es decir, que existe aunque las partes nada digan al respecto. Sin embargo, las partes pueden de común acuerdo excluirla, previendo que sólo se puede demandar el cumplimiento y no la resolución; y tal pacto, en principio, es válido(79).

Cuando la cláusula resolutoria es tácita rige el art. 1088, conforme al cual para que la parte cumplidora resuelva el contrato es necesario, además del incumplimiento: 1) que el deudor esté en mora; 2) que el acreedor emplace al deudor, bajo apercibimiento expreso de resolución, a que cumpla en un plazo no menor de 15 días (excepto que de los usos, o de la índole de la prestación, resulte la procedencia de uno menor). Transcurrido este plazo adicional, sin que se verifique el cumplimiento, la resolución se produce de pleno derecho(80).

---

(78) Ibáñez, *Resolución por incumplimiento*, ps. 178 y ss.

(79) Excepto en el ámbito de los contratos de consumo y por adhesión, en los que la renuncia de la potestad resolutoria por el adherente o el consumidor, puede considerarse cláusula abusiva (arts. 988, 1118 y concs.).

(80) Dicho requerimiento no es necesario si ha vencido un plazo esencial para el cumplimiento, si la parte incumplidora ha manifestado su decisión de no cumplir, o si el cum-

12.3. Frustración de la finalidad

Dispone el art. 1090: "La frustración definitiva de la finalidad del contrato(81) autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución(82), si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración(83), ajena a las partes(84) y que supera el riesgo asumido por la parte que es afectada(85)".

Se trata de un instituto excepcional y residual, cuya función consiste en liberar del cumplimiento de un contrato a la parte cuya finalidad se ha frustrado y para quien, consecuentemente, carece ya de sentido.

Aplicando los principios generales en materia de resolución, agrega la norma que "la resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial".

12.4. Imprevisión(86)

El art. 1091 dispone: " Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las

---

plimiento resulta imposible. En tales casos, la resolución total o parcial del contrato se produce cuando el acreedor la declara y la comunicación es recibida por la otra parte.

(81) Por finalidad deben entenderse los motivos prácticos de los contratantes, en tanto éstos hayan sido incorporados al contrato o esenciales según el contexto, v.gr., la contratación de un *lunch* para una fiesta de casamiento o un cumpleaños de un tío. Si uno de los novios o el tío fallecen antes de la fecha, la prestación pierde sentido o utilidad, sin perjuicio de que sea perfectamente posible cumplirla.

(82) Conf. PEÑALBA PINTO, en CURÁ - GARCÍA VILLALONGA, ob. cit., t. III, ps. 211 y ss.

(83) La doctrina requiere que la alteración sea imprevisible: STIGLITZ, cit. por BRAVO D'ANDRE, en CURÁ - GARCÍA VILLALONGA, ob. cit., t. III, p. 488.

(84) Pues si no es ajena, sino imputable a una parte, no hay frustración sino incumplimiento, el cual genera, además de la resolución, responsabilidad por los daños.

(85) Pues en los contratos aleatorios, existe un riesgo normal, propio del alea o la suerte, que puede frustrar la finalidad del contratante, pero que no da lugar a la aplicación del art. 1090: así, p. ej., quien compra una esperanza, asumiendo el riesgo, v.gr., el producto de una cosecha, no puede invocar la frustración del fin si la cosecha es magra (pues es el riesgo normal asumido); pero sí, si la frustración es extraordinaria y ajena al riesgo (v.gr., si el Estado prohibiese cosechar la soja sembrada por razones políticas y ajenas a las partes).

(86) Se trata de un instituto complementario al principio de la fuerza vinculante de los contratos (*pacta sunt servanda*) y cuya utilidad reside en mantener la justicia contractual, al adicionar a aquel principio una condición: que las circunstancias que rodearon la contratación se mantengan (*rebus sic stantibus*): LLAMBÍAS - ALTERINI, *Código Civil anotado*, cit., t. III-A, p. 154; DANTUR, en CURÁ - GARCÍA VILLALONGA, ob. cit., t. III, p. 493.

partes y al riesgo asumido por la que es afectada[87], ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación".

A diferencia de lo que ocurre con la frustración del fin, en la "imprevisión" el contrato puede cumplir su finalidad, pero circunstancias extraordinarias e imprevisibles lo han tornado inequitativo, han producido una alteración del equilibrio contractual tornándolo demasiado oneroso para una de las partes, es decir, groseramente injusto. Así ocurriría, v.gr., si Pedro vendiera cien vacas a Juan, cobrando su precio ($ 1000 por cada una) y pactando su entrega para dentro de 11 meses. Posteriormente, antes de la fecha de entrega, la Nación entra en guerra y el precio de las vacas sube a $ 15.000 por la escasez. Evidentemente, si Pedro debiera conseguir las vacas para cumplir, dada la imprevisible y extraordinaria modificación de las circunstancias, el cumplimiento del contrato, que se ha tornado injusto, podría implicar su ruina.

Es por ello que producida la excesiva e imprevisible onerosidad sobreviniente, el afectado puede demandar la resolución[88] del contrato o, en su caso, su adecuación, es decir, su modificación para adecuarlo a la justicia conmutativa de conformidad a las nuevas circunstancias.

B. SEGUNDA PARTE: CONTRATOS DE CONSUMO

1. Relación de consumo

El art. 1092 se refiere a la relación de consumo[89], concepto más amplio que el de contrato, ya que puede existir relación o vínculo a través de varios contratos conexos, o aun sin que exista contrato alguno y que reconozca como causa eficiente a un acto unilateral o a un acto ilícito, como, v.gr., en el caso del fabricante que entrega el producto a un distribuidor, quien se lo vende a un mayorista; éste, a su vez, se lo transfiere a un minorista y éste, finalmente, lo enajena a un consumidor. Existe relación de consumo entre el consumidor y el fabricante, aunque no exista ningún contrato celebrado entre ellos. La relación, en el caso, está dada por la cadena de contratos o, en su caso, por la ilicitud (daños causados por defectos en los productos elaborados).

La relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que

(87) Igual regla, dice la norma, se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos o asignadas obligaciones resultantes del contrato, y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su *alea* propia.

(88) En este caso, la contraparte (la no afectada) puede impedir la resolución ofreciendo el reajuste equitativo de los términos del contrato.

(89) Nicolau, ob. cit., p. 425.

adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (art. 1092).

Contrato de consumo, por su parte, es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente, o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social (art. 1093). Lo relevante para calificarlo como tal, es que exista vínculo entre un proveedor y un consumidor y que éste adquiera el bien o servicio para consumo final, y no para incorporarlo a un proceso productivo[90].

Principio proconsumidor. Interpretación y prelación normativa: Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece siempre la más favorable al consumidor (art. 1094).

No sólo las leyes, el contrato se interpreta también en el sentido más favorable para el consumidor, ya que es la parte débil o vulnerable. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa (art. 1095).

2. FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO

2.1. Prácticas abusivas

En el ámbito de las relaciones y contratos de consumo rigen ciertos principios y normas específicas que responden a la necesidad de proteger a los consumidores:

Trato digno. Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales contenidos en los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias (art. 1097).

(90) LORENZETTI, ob. cit., p. 685.

Además, los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio; no pudiendo establecer diferencias contrarias a la igualdad (art. 1098).

Este deber, de trato digno y equitativo, existe durante todo el *iter* contractual, desde las negociaciones previas, durante la celebración y ejecución del convenio y aun en la etapa poscontractual (servicio de posventa, atención posterior, garantías, reparaciones, etc.).

Libertad de contratar. Están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo (art. 1099).

2.2. Información y publicidad dirigida a los consumidores

Si todo contrato es o debe ser un producto de la voluntad (doctr. arts. 259, 260, 265 y concs.), el deber de información es uno de los medios de los que se vale la ley para proteger la voluntad del consumidor, en particular su intención, pues la adecuada información minimiza la posibilidad de errores.

En ese sentido, "el proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato". Esa información debe ser gratuita y clara, es decir, fácilmente comprensible (art. 1100).

Además, como la publicidad es la que induce al consumidor a contratar, el art. 1101 prohíbe toda publicidad que contenga indicaciones falsas, o indicaciones o comparaciones que induzcan a error respecto a los elementos esenciales del producto o servicio; también prohíbe la publicidad "abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad". Si la publicidad infringiere esas prohibiciones, los consumidores tienen acción para procurar su cesación y rectificación (art. 1102).

"Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente", aunque no estuvieran contenidas en el contrato, usualmente prerredactado por el proveedor (art. 1103).

2.3. Modalidades especiales

Algunas formas, métodos o modalidades de contratación son previstas por la ley para asignarles ciertas consecuencias particulares. Ellas son:

a) Los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales del proveedor, que son los concluidos en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, en la vía pública, o por medio de correspondencia(91).

b) Los contratos celebrados a distancia, es decir, los concluidos con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia (aquellos que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de los contratantes), como los medios postales, electrónicos(92), telecomunicaciones, servicios de radio, televisión o prensa.

Algunas disposiciones especiales para estos casos son:

- Si el contrato se celebra a distancia, por medios electrónicos o similares, "el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos" (art. 1107).

- Las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación (art. 1108).

- En ambos casos (contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales o con utilización de medios electrónicos) "se considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita (art. 1109).

- También en ambos casos, el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los 10 días computados a partir de la celebración del contrato o de la entrega del bien, si esto ocurre después. La revocación puede hacerse "por escrito, por medios electrónicos o similares, o mediante la devolución de la cosa" (arts. 1110 y 1112) y es siempre libre de gastos para el consumidor (art. 1115)(93). Producida la revocación,

(91) Y también, conforme al art. 1104, "los que resultan de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio.

(92) En este caso, el art. 1106 establece que siempre que la ley exija "que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar".

(93) Las cláusulas, pactos o cualquier modalidad que imposibiliten al consumidor ejercer la revocación se tienen por no escritos. Esta potestad revocatoria debe ser informada por el proveedor mediante su inclusión en caracteres destacados en los documen-

"las partes quedan liberadas de sus obligaciones correspectivas y deben restituirse recíproca y simultáneamente las prestaciones que han cumplido" (art. 1113)[94].

Dispone el art. 1116 que, salvo pacto en contrario, no existe derecho de revocar en los contratos "referidos a productos confeccionados conforme a las especificaciones suministradas por el consumidor o claramente personalizados o que, por su naturaleza, no pueden ser devueltos o puedan deteriorarse con rapidez"; así como tampoco en los "de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos que han sido decodificados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente"; ni los de "suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas". La razón de la norma es tan clara, que no requiere mayor explicación.

2.4. Cláusulas abusivas

Dispone el art. 1117 que "se aplican a los contratos de consumo, en protección del consumidor, los artículos 985 a 988 (que establecen que las cláusulas deben ser claras, autosuficientes, no abusivas y que deben interpretarse a favor del consumidor) aunque no existan cláusulas generales predispuestas".

La prohibición de las cláusulas abusivas comprende, en consecuencia, tanto a las generales predispuestas, como a las "negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor" (art. 1118).

- *Regla general.* Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor (art. 1119), y en particular, las previstas por el art. 988[95].

- *Excepciones y límites.* El art. 1121 dispone que no pueden ser declaradas abusivas:

a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado, pues, por definición, se trata —la fijación del precio— del pro-

---

tos contractuales. El derecho de revocación no se extingue si el consumidor no ha sido informado debidamente sobre su derecho (arts. 1110 y 1111).

(94) Aunque si le fuera imposible al consumidor devolver la recibida, no por ello queda impedido de revocar, pues en este caso "debe pagar al proveedor el valor de mercado que la prestación tiene al momento de la revocación o de la adquisición, el que sea menor" (art. 1114).

(95) El desequilibrio o abuso puede provenir también, no sólo de una cláusula sino de "una situación jurídica abusiva" (art. 1120), que se produce "cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos".

ducto del acuerdo y del libre juego del mercado[96]. Los jueces no pueden ni deben intervenir en los precios acordados voluntariamente, con excepción de los supuestos en que la ley los habilita, como ocurre, por ejemplo, cuando existe lesión (art. 332);

b) las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas[97].

- *Control judicial*. El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, según el art. 1122, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas: a) la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control, es decir, existe un doble control; b) las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas, pero el contrato subsiste, salvo que no pudiera mantenerse o cumplirse su finalidad; c) si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad, y d) cuando se prueba una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el art. 1075.

SÍNTESIS

a) El contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (art. 957).

b) Como todo acto jurídico, es voluntario, es decir, que requiere discernimiento, intención y libertad de las partes; y además, que se manifieste por un hecho exterior (arts. 259 y 260). Además, por ser un acto jurídico bilateral, requiere del consentimiento, es decir, del *acuerdo* de voluntades de los contratantes, el que se conforma a partir de la unión de la oferta (art. 972) y la aceptación (art. 978).

c) Los presupuestos de validez de todo contrato son: 1) la capacidad de las partes (arts. 1000 y ss.); 2) la licitud, posibilidad y determinación del objeto (art. 1003) y una causa lícita (art. 1012).

d) Los elementos de todo contrato son su contenido (conjunto de cláusulas que son producto de la voluntad común) y su forma (el modo como se manifiesta ese contenido). El principio es la libertad, tanto para fijar el con-

---

(96) Lo que sí debe hacer el Estado es combatir la formación de monopolios u oligopolios, especialmente reduciendo las cargas fiscales y tributarias a las empresas pequeñas y medianas, de modo de incentivar la libre competencia que, en definitiva, es la que beneficia a los consumidores, esencialmente en la fijación de los precios de los productos.

(97) Así, v.gr., si la ley de seguros prohíbe a la aseguradora cubrir el siniestro causado por dolo del asegurado (dado que el dolo no es dispensable), un juez no puede declarar abusiva una cláusula general que prevea la exclusión de cobertura en el supuesto de dolo del asegurado.

tenido del contrato, como para acudir a cualquier forma de manifestación del consentimiento.

e) La libertad para fijar el contenido del contrato reconoce sus límites en las normas imperativas, las de orden público, la moral y las buenas costumbres (arts. 960, 962, 963 y concs.); así como la libertad de formas reconoce ciertas excepciones (contratos formales, arts. 1017, 1552 y concs.).

f) Todo contrato se rige por la justicia conmutativa, es decir, por el principio de igualdad, que se concreta en la equivalencia de las prestaciones(98) e inspira a todo el ordenamiento (v.gr., lesión, imprevisión, prohibición de cláusulas que desnaturalicen las obligaciones, etc.).

g) En consecuencia, para proteger la igualdad y la libertad, la ley contiene ciertas normas y principios para proteger a las partes débiles de los contratos y normas específicas para los contratos por adhesión y de consumo. Esas normas usualmente protegen la justicia o equivalencia de prestaciones (v.gr., prohibición de cláusulas abusivas) y la voluntad del contratante débil, en dos de sus elementos: la intención (a través del deber de información, de la claridad y autosuficiencia de las cláusulas generales, etc.) y la libertad (prohibiendo toda restricción a la libre contratación, v.gr., el art. 1099).

h) La buena fe rige la contratación, desde las tratativas previas y hasta su ejecución y cumplimiento, generando deberes de conducta cuya violación puede dar lugar a responsabilidad (arts. 961, 991 a 993 y concs.).

i) El principal efecto del contrato es que obliga a las partes a cumplirlo con la fuerza de la misma ley (fuerza vinculante, art. 959). Consecuentemente, las partes pueden demandar judicialmente su cumplimiento, en caso de que no sea voluntariamente ejecutado (arts. 730 y concs.).

j) Los efectos del contrato se producen entre las partes y, en principio, no benefician ni perjudican directamente a terceros (principio de relatividad, arts. 1021 y 1022); aunque los contratos sí pueden beneficiar o perjudicar indirecta o materialmente a algunos terceros (por ejemplo, a los acreedores de un contratante que cae en insolvencia mediante el contrato).

k) Existen excepciones al principio de relatividad, como ocurre con los contratos a favor de terceros (art. 1027) y la conexidad contractual (arts. 1073 y ss.).

l) En los contratos bilaterales, salvo pacto en contrario (v.gr., existencia de plazo), las partes deben cumplir simultáneamente sus prestaciones

---

(98) En los contratos gratuitos, como la donación, no existe equivalencia de prestaciones, sino una liberalidad (se actúa *donandi causa*). En esta clase de contratos, para proteger a quien dispone liberalmente, la ley establece requisitos formales más rigurosos (art. 1552) para asegurar que la liberalidad responde a la estricta voluntad de su autor; pautas interpretativas en el sentido menos gravoso para él (art. 1068) y ciertos institutos especiales (como la revocación en los supuestos de los arts. 1569 y ss.).

(arts. 1031 y 966). Además, en los contratos onerosos, quien transmite bienes responde por evicción y vicios (arts. 1033 y ss.). Ambos institutos reconocen su fundamento en la justicia conmutativa.

m) Existen diversas vicisitudes por las cuales los contratos pueden no llegar a producir sus efectos propios y normales (su cumplimiento). Son la nulidad, que los priva de efectos (arts. 390 y ss.); la inoponibilidad, por la cual sus efectos no se producen respecto de ciertos terceros (arts. 396 y 338); la revocación, rescisión, resolución y frustración de la causa fin, que producen su extinción (arts. 1076 y ss.); y la excesiva onerosidad sobreviniente, que puede generar su extinción o su adecuación, según el caso (art. 1091).

Capítulo IV

Empresa, empresario y contratos asociativos

Por José María Curá

Sumario: 1. La actividad empresarial: su evolución. 1.1. Derecho comercial, empresarial y económico: concepto, vigencia, distinción, contenidos. 1.2. La empresa y su importancia en la economía. Empresa y sociedad, distinción. La empresa en el Código Civil y Comercial. 1.3. La empresa en el Código Civil y Comercial de la Nación.— 2. Derecho empresarial, caracteres, método científico de observación y análisis. La escuela de análisis económico del derecho. 2.1. La empresa como objeto de la experiencia científica. 2.2. La escuela de análisis económico del derecho.— 3. El empresario individual. Concepto y su estado legal. Derechos y obligaciones. Registración.— 4. Contabilidad y estados contables - arts. 320 a 331.— 5. Fondo de comercio (ley 11.867). Concepto y naturaleza jurídica. Elementos constitutivos.— 6. Distintas formas de transferencia de empresas en funcionamiento.— 7. Registro Público. Ámbito de actuación. Efectos de la inscripción registral. Normativa administrativa. 7.1. De la existencia de un Registro Público de Comercio. 7.2. Su ubicación funcional y las funciones registrales.— 8. Contratos asociativos (arts. 1442 a 1478). 8.1. Vinculaciones entre empresarios; técnicas contractuales y societarias. ACE, UTE. 8.2. Ubicación doctrinaria de la cuestión. 8.3. Temas de análisis. 8.4. Sobre las agrupaciones de colaboración (ACE) y las uniones transitorias de empresas (UTE). 8.5. Objetivos cumplidos y progresos sobre la cuestión que se trata. 8.6. La asamblea como componente estratégico de la organización societaria. 8.7. El contrato de unión transitoria de empresas. 8.8. La agrupación de colaboración. 8.9. Consorcios de cooperación.— 9. Contratos de empresa. 9.1. Contrato de suministro (arts. 1176 a 1186). 9.2. Contrato de *leasing* (arts. 1227 a 1250). 9.3. Contratos bancarios (arts. 1378 a 1420). 9.4. Contrato de factoraje (arts. 1421 a 1428). 9.5. Cuenta corriente (arts. 1430 a 1441). 9.6. Contrato de agencia (arts. 1479 a 1501). 9.7. Contrato de concesión (arts. 1502 a 1511). 9.8. Contrato de franquicia (arts. 1512 a 1524). 9.9. Contrato de fideicomiso (arts. 1666 a 1707).— Síntesis.

1. La actividad empresarial: su evolución

He aquí el eje del pensamiento sostenido por la cátedra, configurante del escenario desde el cual se construye el entramado de normas que ordenan su funcionamiento.

Se muestra necesario atender a su conceptualización, como fenómeno proveniente del mundo de la economía y al que el derecho nacional atiende. Noción proveniente de la ciencia y de la realidad económica, casi imposible de asir. Ya no como sujeto de derecho, sino como elemento determinante de la naturaleza jurídica de ciertos actos. Esto es, aquellos relativos a la fabricación de bienes y prestación de servicios, en tanto producidos a partir de una organización empresaria (cfr. art. 8°, CCom., derogado por ley 26.994).

Recibió así el derecho positivo la cristalización consagrada por el Código Francés de 1807 de un derecho de los actos de comercio, donde al punto la noción de la empresa no pasa inadvertida.

A la luz del nuevo régimen, se presenta ahora una línea superadora de anterior diferencia sobre la hasta ahora admitida existencia de empresas civiles o no alcanzadas por la antigua legislación mercantil, al tiempo que se instala el eje de una moderna concepción de la economía, tal como lo ejemplifica el régimen alemán, al estructurar alrededor de la noción de la empresa el sistema de vinculación societaria.

Basta atender a su calidad de estructura organizacional, para hacerla jugar en el mundo del derecho a través de su correspondiente sujeto organizador, el empresario individual o colectivo.

Esto permite sostener, en principio, la innecesariedad de reconocerle personalidad jurídica, tal como ocurre en otros países.

A la par, se plantea la necesaria definición de existencia de una nueva empresa a partir de la existencia de un contrato de colaboración, hipótesis hasta ahora inaceptable, en tanto la noción se construía sobre el obrar de un único empresario. No es cuestión menor, a poco que se atiendan numerosos decisorios en materia laboral y algunos en lo concursal, que observan a las diversas formas de concentración como determinantes de la existencia de un grupo económico. Por cierto que no es materia de sencilla aproximación.

No puede dejar de observarse la inevitable configuración de un novedoso lineamiento del derecho o, al decir de Richards, de un nuevo derecho. Precisamente, es sobre la noción de la empresa donde el autor avizora el contenido del derecho empresarial, por lo menos, desde el punto de vista doctrinario y pedagógico. Perfilado como una categoría histórica, pese a su propia sistemática epistemológica, derivada de una concepción de política legislativa del fenómeno de la intermediación o de la producción de bienes

y servicios, se muestra hoy disperso y no adaptado a la economía, superadas todas las previsiones de los legisladores por la tecnología[(1)].

De su lado, el llamado grupo de interés económico es un supuesto al que alude la Ley de Concursos, art. 161, en punto a la extensión de la quiebra a toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos; mientras que tal extensión no opera, conforme al art. 172, en tanto dos o más personas formen grupos económicos, aun manifestado por relaciones de control, pero sin las características previstas en el citado art. 161, la quiebra de una de ellas no se extiende a las restantes. Por su parte, la Ley de Contrato de Trabajo alude a la noción de empresa subordinada o relacionada, art. 31, a cuyo respecto siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria.

A poco que se atribuya valor eficaz a la empresa, como noción fáctica llegada del mundo del ser, ha de plantearse el interrogante de existencia de la concentración empresaria. Así ha sido reconocido como proceso unificador dirigido a formar nuevas unidades económicas o nuevas empresas.

Una unidad de dirección y determinación de políticas empresariales, a partir de la pertenencia a la reconocida categoría de contrato plurilateral de organización, al decir de Ascarelli[(2)], constituye inevitable consecuencia de todo proceso de concentración.

Se reconocen en este orden los siguientes modelos, atendiendo a una ya clásica clasificación:

- *Integración horizontal*, de aplicación a hipótesis de competencia donde el proceso concentrador tiende a la constitución de un monopolio.

- *Integración vertical*, supuesto que se verifica con atención a la secuencia del proceso productivo, donde una empresa depende de la otra para la integración de insumos o secuencia de procedimientos.

- *Integración de conglomerado*, se trata de situaciones ya no definidas y precisas como las anteriores, donde el posicionamiento en el mercado deja de ser objetivo exclusivo.

---

(1) Richards, Efraín H., *Sociedad y contratos asociativos*, Zavalía, Buenos Aires, 1987, p. 55.

(2) Ascarelli, Tulio, "Il contrato plurilaterale...", Milán, 1952, citado por Nissen, Ricardo, *Ley de Sociedades Comerciales*, t. I, Ábaco, Buenos Aires, 1993, p. 55.

1.1. Derecho comercial, empresarial y económico: concepto, vigencia, distinción, contenidos

A partir de ese eje principal constituido por la empresa, se observan cuatro líneas claramente definidas, en orden del desenvolvimiento de lo que hasta aquí se identifica como derecho mercantil moderno.

Sus sujetos: el empresario individual o colectivo; los negocios desarrollados principalmente en los mercados, donde se ubican los negocios de colaboración o consorcios, que también admiten el concepto de organización; la figura del consumidor como nuevo paradigma de vínculo de la empresa con el mundo exterior y, finalmente, la actividad afectada por una situación de cesación de pagos.

Queda atrás un derecho mercantil de los actos de comercio y del comerciante de origen francés, para dar lugar a un derecho de los negocios en el mercado donde, inevitablemente, ha de valerse de la estructura empresaria.

He allí la significación de las formas asociativas de base contractual que se tratan, a partir de su expreso reconocimiento en el derecho nacional, a favor del ordenamiento de sus elementos constitutivos y su juego en el moderno mundo de los negocios. Figura superadora del mero contrato de organización generador de lo hasta aquí conocido como sociedad comercial, para avanzar a un estadio de segundo grado, favorecedor del desarrollo económico.

1.2. La empresa y su importancia en la economía. Empresa y sociedad, distinción. La empresa en el Código Civil y Comercial

Se reconoce a la empresa como elemento determinante del desarrollo económico, sobre la que recaen las miradas de diversas especialidades científicas. En particular, desde el derecho, toca proveerla de las herramientas técnicas que permitan su desarrollo eficaz y eficiente. Esto es, alcanzando los objetivos propios de la planificación, con lo menores costos.

Entre esas herramientas aparece la sociedad, ahora tratada en la Ley General de Sociedades, atribuida de la calidad de sujeto de derecho (art. 2°, LGS).

De allí es claro el distingo entre el factor organizacional, dado por la *empresa*, y el elemento de naturaleza jurídica configurado por la sociedad. Entre ambos elementos se establecen diversos vínculos que atienden a las diferentes funciones propias del desarrollo del negocio. Ellos son: la dirección y administración, el gobierno, la fiscalización y la representación.

1.3. La empresa en el Código Civil y Comercial de la Nación

El nuevo Código Civil y Comercial no contiene normas ordenatorias, en particular, de la empresa. Sí, a lo largo de su articulado, se presentan refe-

rencias al instituto que muestran una línea de pensamiento dirigida a recibir en el sistema jurídico a la misma.

Así, un art. 11, donde se hace referencia al abuso de posición dominante en el mercado.

A partir de lo dispuesto por el art. 141, se tiene en claro que no se trata de una persona jurídica, en tanto el ordenamiento jurídico no les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación.

Sobre tal distingo ha de tenerse en claro que sólo se trata de una organización de factores de la producción, cuya administración y gestión sí se hallará a cargo de una persona, física o jurídica.

En este orden se destaca lo dispuesto por el art. 320, en cuanto están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas, y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios.

Aparece así la explotación empresaria como elemento determinante de lo que ahora se considera una "obligación". Esto es, llevar contabilidad. La apuntada obligatoriedad acarrea como primera consecuencia, a tenor de lo dispuesto por el art. 330, contar con una prueba en favor de quien la lleva, cuando en litigio contra otro sujeto que tiene contabilidad, obligada o voluntaria, éste no presenta registros contrarios incorporados en una contabilidad regular.

Al momento de definir al contrato de consumo, en el art. 1093, así se lo califica como el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente, o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social. Nuevamente se recurre a la empresa como determinante de una definición jurídica.

El art. 1484, en el marco del contrato de agencia, determina las obligaciones del empresario, calificando así al preponente, como también lo hace en el art. 1479, en íntima vinculación con la idea de empresa. Sigue a ello el art. 1483, donde se impone al agente velar por los intereses del empresario, y el art. 1484, que enumera las obligaciones de éste.

Así también, al tratar el contrato de concesión, se recurre, en el art. 1502, a la figura de la empresa. De esta manera, lo habrá cuando el concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros, se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresaria para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido.

De tal modo, se instala en el nuevo ordenamiento una línea de pensamiento que afirma la aceptación de la empresa como elemento definitorio de un nuevo derecho.

2. Derecho empresarial, caracteres, método científico de observación y análisis. La escuela de análisis económico del derecho

Y ese nuevo derecho referido en el apartado anterior se construye a partir del reconocimiento de la empresa como objeto primario de observación en el proceso científico que lleva a cabo el jurista.

No se duda aquí acerca de la indiscutible existencia de un derecho empresarial como elemento autónomo integrante del sistema jurídico argentino, dotado de autonomía científica.

El fenómeno de la empresa, y más allá de la unificación de los derechos civil y mercantil, constituye inevitable punto de referencia para el análisis. A ello se suman otras formas, como las cooperativas, mutuales, asociaciones civiles, simples asociaciones, sociedades de garantía recíproca, sociedades.

De modo particular, estas páginas toman el caso de las sociedades a partir de su existencia como hecho que la realidad informa, sobre la reunión de dos o más personas, o decisión de una, que, aplicando aportes para la realización de un objeto común, se comprometen a participar en las ganancias y pérdidas que de ello resulte.

Así se ve plasmado en la Ley General de Sociedades (art. 1°). Configura un ordenamiento especial, que no fuera objeto de derogación por la reforma sino de mera modificación. Ello refuerza el carácter singular de la disciplina, la que como tal ha sido incorporada a los planes de estudio de grado.

Especialidad denotada no sólo por la vigencia de un cuerpo normativo diferenciado, sino por la existencia de doctrina propia, tribunales con competencia en la materia, cátedras y carreras de especialización en derecho societario, congresos, etc. Todo ello conforma un plexo que exhibe su particular existencia y, consecuentemente, el necesario tratamiento de igual modo a la hora de su desarrollo en el aula universitaria.

2.1. La empresa como objeto de la experiencia científica

He aquí el punto de atención en el planteo científico de la cuestión que se analiza. Se trata del primer objeto de observación a partir del cual el futuro profesional puede conocer el ámbito de aplicación del instituto jurídico, sea como herramienta de desarrollo, más precisamente para los profesionales de las ciencias económicas (contadores públicos, administradores, actuarios, licenciados en sistemas, economistas), sea como respuesta del derecho

al proceso de crecimiento económico en el caso de los profesionales de las ciencias jurídicas (escribanos, abogados, traductores).

Es éste el punto de partida de la tarea conjunta del docente y cursantes, donde comienza a construirse el escenario en el que desarrolla la misión de encontrar el marco de actuación de los sujetos participantes, a los que dará forma cual actores, según objetivos de cada actividad empresarial, interrelaciones de los sujetos, sus vínculos extraterritoriales, los modos de financiamiento.

Primer paso donde se incorpora el conocimiento del acontecimiento empresarial, en tanto organización de los factores de la producción para la producción de bienes y servicios. Concepto que proviene de la observación de la realidad y que a todas las disciplinas interesa. En el singular, a la ciencia del derecho.

Es desde el derecho donde se provee, a partir de la creación de las personas de existencia ideal, la posibilidad de que esa organización sea creada, administrada, representada, por una persona de existencia ideal, persona jurídica. La sociedad.

El observador se encuentra así frente a dos ámbitos a los que habrá de vincular racionalmente. El económico, productor de bienes y servicios, el jurídico, proveedor de una forma ideal que posibilite a esa organización productora instalarse y desarrollarse a favor de un beneficio económico. Se advierte, desde esta mirada preliminar, la necesaria interrelación de conceptos. La empresa debe responder a la figura societaria y tomar aquellas herramientas útiles aportadas por otras ciencias para así poder atender los diferentes ámbitos de la realidad social.

Bien se ha dicho de la empresa ser un círculo de actividades organizado por un empresario, el cual ordena esos elementos hacia un fin lucrativo, empleando el trabajo propio y el ajeno. No existe un derecho de la empresa, porque todavía no supo reflejar el derecho lo que la empresa es en un sentido económico. Ésta empieza siendo pura actividad, pero produce una cosa nueva que adquiere su vida propia, una entidad que se separa del empresario, hasta el punto que muchas veces su interés de es opuesto al de éste, y cuando surge un conflicto de esa naturaleza, suele subordinarse el interés del empresario al de la empresa[3].

Claro está que el presente análisis se refiere de modo inmediato a la realidad argentina. A modo de ejemplo, se señala el caso de Italia. Su legislación, específicamente en los arts. 2082 y ss., del Código Civil —*Codice Civile*— de 1942, inscribe por primera vez los conceptos de "empresa" y "empresario", donde la teoría de la empresa y la reestimación de la calidad de empresario entroncan con una tendencia "neocorporativista".

---

(3) Conf. Garrigues, Joaquín, *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 1971, ps. 267/268, 272/274.

2.2. La escuela de análisis económico del derecho

La denominada escuela de análisis económico del derecho (AED) de Chicago es la más clara expresión del pensamiento del economista británico Ronald Coase (Premio Nobel de Economía 1991), cuyo teorema data del año 1960, como idea impulsora de la escuela del AED. Sostenía que *en un mercado en que los costos de transacción sean bajos o inexistentes, y que los derechos de propiedad establecidos en los fallos judiciales no permitan una solución económica suficiente, se producirá necesariamente una reasignación de estos derechos hacia aquellos que los valoran más, aunque los tribunales fallen en contra de éstos.* Pero la realidad exhibe a las transacciones mercantiles como costosas, lo que impone, para cambiar acuerdos y asignaciones de derechos entre las partes, tener en cuenta los jueces las consecuencias económicas de sus decisiones.

Coase concluye que cuando no hay costos de transacción, la asignación inicial de titulaciones legales es irrelevante para el uso definitivo de la propiedad y el nivel de actividades relevantes.

Propuso en *The Problem of Social Cost*, ensayo económico reconocido en la literatura del AED, y uno de los más célebres en la literatura económica, abrir un campo inédito en el estudio de las externalidades y de la propiedad. Además, convirtió a las instituciones y las decisiones jurídicas en importantes objetos de estudio de la ciencia económica. Esta entrada del derecho en el estudio de la economía fue acompañada por el surgimiento en los Estados Unidos de una escuela jurídica que le daba preponderancia al uso de herramientas del análisis económico en el estudio del derecho. Así, el derecho y la economía encontraron nichos conjuntos de discusión teórica.

Bajo ese marco, muchas doctrinas e instituciones del derecho común se entienden mejor como esfuerzos para promover la asignación eficiente de recursos, donde el AED encuentra una relación clara entre el derecho y el mercado, una relación positiva y eficiente que maximiza el bienestar. Así, la eficiencia y el cálculo económico son la preocupación central de esta escuela, y estos criterios son el marco para analizar y evaluar las instituciones jurídicas y los fallos judiciales.

3. El empresario individual. Concepto y su estado legal. Derechos y obligaciones. Registración

De aquí en más, el viejo comerciante del Código de Comercio (art. 1°) pasa a ser el empresario individual sobre quien antes se formularan algunas consideraciones al tratarse la problemática de la empresa. Desaparece con ello el denominado Estatuto del Comerciante.

Es así como ese organizador de los factores de producción de bienes y servicios ahora es colocado por el nuevo Código al frente de la empresa.

Por imperio del art. 320, la persona titular de una empresa o explotación comercial está obligada a llevar contabilidad. Tal obligatoriedad se enlaza con lo dispuesto en el segundo párrafo del mismo artículo, en cuanto: "Cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la identificación de los libros, como se establece en esta misma Sección".

4. Contabilidad y estados contables - arts. 320 a 331

El principio general está contenido en el art. 320, cuando expresa que están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios. Aquí coincide con el anterior art. 33 del Código de Comercio, en cuanto alcanzaba al comerciante la obligación de seguir un orden uniforme de contabilidad y de tener los libros necesarios a tal fin.

A ello sigue la imposición de la registración en lo referente a que cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de los libros.

Sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales, quedan excluidas las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias y conexas, no ejecutadas u organizadas en forma de empresa. Se consideran conexas las actividades dirigidas a la transformación o a la enajenación de productos agropecuarios cuando están comprendidas en el ejercicio normal de tales actividades. También pueden ser eximidas de llevar contabilidad las actividades que, por el volumen de su giro, resulta inconveniente sujetar a tales deberes según determine cada jurisdicción local.

Sobre el modo de llevar la contabilidad, el art. 321 precisa que debe serlo sobre una base uniforme de la que resulte un cuadro verídico de las actividades y de los actos que deben registrarse, de modo que se permita la individualización de las operaciones y las correspondientes cuentas acreedoras y deudoras. Los asientos tendrán que respaldarse con la documentación respectiva, todo lo cual se archivará en forma metódica y que permita su localización y consulta.

A estos efectos son registros indispensables:

a) libro diario;

b) libro inventario y balances;

c) aquellos libros que correspondan a una adecuada integración de un sistema de contabilidad, según la importancia y naturaleza de las actividades que desarrolle;

d) los que en forma especial impone este Código u otras leyes (art. 322).

En lo atinente a la forma, el interesado debe llevar su contabilidad mediante la utilización de libros y los presentará, debidamente encuadernados, para su individualización en el Registro Público correspondiente.

Tal individualización consiste en anotar, en el primer folio, nota fechada y firmada de su destino, del número de ejemplar, del nombre de su titular y del número de folios que contiene.

El Registro llevará una nómina alfabética, de consulta pública, de las personas que solicitan rubricación de libros o autorización para llevar los registros contables de otra forma, de la que surgen los libros que les fueron rubricados y, en su caso, de las autorizaciones que se les confieren (art. 323).

Se prohíbe:

a) alterar el orden en que los asientos deben ser hechos;

b) dejar blancos que puedan utilizarse para intercalaciones o adiciones entre los asientos;

c) interlinear, raspar, emendar o tachar. Todas las equivocaciones y omisiones deben salvarse mediante un nuevo asiento hecho en la fecha en que se advierta la omisión o el error;

d) mutilar parte alguna del libro, arrancar hojas o alterar la encuadernación o foliatura;

e) cualquier otra circunstancia que afecte la inalterabilidad de las registraciones (art. 324).

En cuanto a la forma de llevar los libros, será en forma cronológica, actualizada, sin alteración alguna que no haya sido debidamente salvada, en idioma y moneda nacional.

Deben permitir determinar al cierre de cada ejercicio económico anual la situación patrimonial, su evolución y sus resultados, y permanecer en el domicilio del titular (art. 325).

Se impone, por el art. 326, al cierre del ejercicio, confeccionar los estados contables, que comprenden como mínimo un estado de situación patrimonial y un estado de resultados que deben asentarse en el registro de inventarios y balances.

Se detallan en el art. 327 las características del libro Diario, en el que se deben registrar todas las operaciones relativas a la actividad de la persona que tienen efecto sobre el patrimonio, individualmente o en registros resumidos que cubran períodos de duración no superiores al mes. Estos resúmenes surgirán de anotaciones detalladas practicadas en subdiarios, llevados bajo las formas y condiciones establecidas en los arts. 323, 324 y 325.

Se integra con los registros del libro Caja y todo otro diario o auxiliar que forme parte del sistema de registraciones contables.

En lo que atañe a la conservación de los registros, el art. 328, excepto lo dispuesto por leyes especiales, impone un plazo de diez años.

Se trata de la sustitución de uno o más libros, excepto el de Inventarios y Balances, o alguna de sus formalidades, por el uso de ordenadores u otros medios mecánicos, magnéticos o electrónicos que permitan la individualización de las operaciones y de las correspondientes cuentas deudoras y acreedoras y su posterior verificación; o la conservación de la documentación en microfilm, discos ópticos u otros medios aptos para ese fin.

Sobre la eficacia probatoria de la contabilidad, llevada en la forma y con los requisitos prescritos, se impone su admisión en juicio, como medio de prueba.

Tal calidad alcanza contra quien la lleva o sus sucesores, aunque no estuvieran en forma, sin admitírseles prueba en contrario, mientras que el adversario no puede aceptar los asientos que le son favorables y desechar los que le perjudican, sino que habiendo adoptado este medio de prueba, debe estarse a las resultas combinadas que presenten todos los registros relativos al punto cuestionado.

Prueba también en favor de quien la lleva, cuando en litigio contra otro sujeto que tiene contabilidad, obligada o voluntaria, éste no presenta registros contrarios incorporados en una contabilidad regular.

La norma se completa con la consideración de las atribuciones propias del juez al momento de apreciar el alcance y eficacia de la prueba, como también en el carácter indivisible de la contabilidad (art. 330).

Impone el art. 331 debido cuidado en cuanto a pesquisas de oficio para inquirir si las personas llevan o no registros arreglados a derecho, la realización de la prueba en el domicilio de la persona, la exhibición general de registros o libros contables a instancia de parte sólo en los casos que la norma enuncia, o cuando tenga relación con la cuestión controvertida de que se trata.

5. Fondo de comercio (ley 11.867). Concepto y naturaleza jurídica. Elementos constitutivos

La noción de fondo de comercio resulta del régimen establecido por la ley 11.867, dirigida a ordenar su transferencia con resguardo de los intereses de terceros, como mero recurso técnico facilitador de la finalidad propia de esa normativa.

Así se declaran elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su transmisión por cualquier título: las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fá-

brica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística.

A partir de allí, toda transmisión por venta o cualquier otro título oneroso o gratuito de un establecimiento comercial o industrial, bien se trate de enajenación directa y privada, o en publico remate, sólo podrá efectuarse válidamente con relación a terceros, previo anuncio durante cinco días en el Boletín Oficial de la Capital Federal o provincia respectiva, y en uno o más diarios o periódicos del lugar en que funcione el establecimiento.

El documento de transmisión sólo podrá firmarse después de transcurridos diez días desde la última publicación, y hasta ese momento, los acreedores afectados por la transferencia podrán notificar su oposición al comprador en el domicilio denunciado en la publicación, o al rematador o escribano que intervengan en el acto reclamando la retención del importe de sus respectivos créditos.

Transcurrido el plazo señalado, podrá otorgarse válidamente el documento de venta, el que, para producir efecto con relación a terceros, deberá extenderse por escrito e inscribirse dentro de diez días en el Registro Público de Comercio o en un registro especial creado al efecto.

6. Distintas formas de transferencia de empresas en funcionamiento

A la antes apuntada transferencia de fondos de comercio, bajo un régimen regulatorio especial, sigue la problemática de transferencia de establecimientos comerciales, en donde compradores y vendedores pueden tener la calidad de personas físicas o jurídicas. Acompaña, en muchos casos, la transferencia de participaciones sociales, cuotas o acciones de la sociedad enajenante, al tiempo que se transfieren todos los rubros activos y pasivos de la misma en una sola operación.

También se observan con frecuencia transferencias de carácter más complejo, cuando existen aportes de fondos de comercio por constitución, regularización, fusión, escisión o disolución de sociedades, etc. Respecto de la envergadura de los negocios a transferir, ellos pueden ser desde pequeños comercios de titulares unipersonales hasta grandes empresas organizadas en forma de sociedades comerciales, pasando por una gama de situaciones intermedias.

La transmisión de empresas en marcha se produce habitualmente bajo dos sistemas. Uno con aplicación del antes referido mecanismo de transmisión de fondos de comercio (ley 11.867). Otro, a través de la cesión de cuotas, participaciones sociales o acciones, bajo el ordenamiento societario. En el primero de los casos, resulta aplicable cuando se trata de negocios destinados a la explotación de un establecimiento comercial, industrial o de servi-

cios. En el segundo, a la transmisión de partes sociales sucede la totalidad del patrimonio, pudiendo incluir más de una explotación.

7. Registro Público. Ámbito de actuación. Efectos de la inscripción registral. Normativa administrativa

7.1. De la existencia de un Registro Público de Comercio

Antes de ahora, disponía el Código de Comercio, art. 34, que en cada Tribunal de Comercio ordinario habría un Registro Público de Comercio a cargo del respectivo secretario, que sería responsable de la exactitud y legalidad de sus asientos.

Seguía a ello una disposición de orden, art. 35, por la que se inscribían en un registro especial la matrícula de los negociantes que se habilitaban en el tribunal, y se tomaba razón, por orden de números y de fechas, de todos los documentos que se presentasen, formando tantos volúmenes distintos, cuantos fueren los objetos especiales del registro.

Su competencia era determinada por el art. 36, perteneciendo al Registro Público de Comercio la inscripción de los siguientes documentos:

1. Las convenciones matrimoniales otorgadas por los comerciantes o tenidas al tiempo de dedicarse al comercio, así como las escrituras celebradas en caso de restitución de dote y los títulos de adquisición de bienes dotales;

2. Las sentencias de divorcio o separación de bienes y las liquidaciones practicadas para determinar las especies o cantidades que el marido deba entregar a su mujer divorciada o separada de bienes;

3. Las escrituras de sociedad mercantil, cualquiera que fuera su objeto, exceptuándose las de sociedades en participación;

4. Los poderes otorgados por los comerciantes a factores o dependientes para dirigir o administrar sus negocios mercantiles, y las revocaciones de los mismos;

5. Las autorizaciones concedidas a las mujeres casadas y menores de edad, lo mismo que su revocación y, en general, todos los documentos cuyo registro se ordenaba especialmente en aquel Código.

7.2. Su ubicación funcional y las funciones registrales

En la ciudad de Buenos Aires, la organización y llevado del Registro Público de Comercio están ubicados en órbita administrativa y a cargo de la Inspección General de Justicia, conforme a los arts. 1° y 4°, inc. b), ley 22.315.

Se dispone en el art. 3° que la Inspección General de Justicia tiene a su cargo las funciones atribuidas por la legislación pertinente al Registro Pú-

blico de Comercio y la fiscalización de las sociedades por acciones, excepto la de las sometidas a la Comisión Nacional de Valores; de las constituidas en el extranjero que hagan ejercicio habitual en el país de actos comprendidos en su objeto social, establezcan sucursales, asiento o cualquier otra especie de representación permanente; de las sociedades que realizan operaciones de capitalización y ahorro; de las asociaciones civiles y de las fundaciones.

En ejercicio de sus funciones registrales, art. 4°, la Inspección General de Justicia:

a) organiza y lleva el Registro Público de Comercio;

b) inscribe en la matrícula a los comerciantes y auxiliares de comercio y toma razón de los actos y documentos que corresponda según la legislación comercial;

c) inscribe los contratos de sociedad comercial y sus modificaciones, y la disolución y liquidación de ésta. Se inscriben en forma automática las modificaciones de los estatutos, disolución y liquidación de sociedades sometidas a la fiscalización de la Comisión Nacional de Valores;

d) lleva el Registro Nacional de Sociedades por Acciones;

e) lleva el Registro Nacional de Sociedades Extranjeras;

f) lleva los registros nacionales de asociaciones y de fundaciones.

Todo ello ha sido objeto de derogación por la nueva codificación, encontrándose sólo alguna referencia al llamado Registro Público, mas omitiéndose toda referencia ordenatoria del mismo.

8. Contratos asociativos (arts. 1442 a 1478)

En un orden general, las disposiciones de este capítulo se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad (art. 1442). Queda así claramente distinguida la normativa del Código de aquella contenida en la Ley General de Sociedades.

8.1. Vinculaciones entre empresarios; técnicas contractuales y societarias. ACE, UTE

Se reconocen, en este orden, los siguientes modelos, atendiendo a una ya clásica clasificación:

- *Integración horizontal*, de aplicación a hipótesis de competencia donde el proceso concentrador tiende a la constitución de un monopolio.

- *Integración vertical*, supuesto que se verifica con atención a la secuencia del proceso productivo, donde una empresa depende de la otra para la integración de insumos o secuencia de procedimientos.

- *Integración de conglomerado*, se trata de situaciones, no definidas y precisas como las anteriores, donde el posicionamiento en el mercado deja de ser objetivo exclusivo.

8.2. Ubicación doctrinaria de la cuestión

Recoge Manovil alguna clasificación tripartita que elaborara con sus colegas de la cátedra hoy a cargo, Zaldívar, Ragazzi y Rovira, al privilegiar entre métodos de agrupación de tipo societario que no alterna la estructura de las sociedades; métodos contractuales y métodos que sí alteran la estructura jurídica interna de la sociedad, como la fusión y la escisión(4).

Ubicado el examen frente a la concentración empresaria, la modalidad de la colaboración empresaria se instrumenta a través de un contrato plurilateral de organización y coordinación, con el propósito de reunir transitoriamente a sus miembros para el desarrollo de operaciones o la colaboración en los que los mismos tienen intereses comunes con reparto o división del trabajo para su ejecución(5).

8.3. Temas de análisis

Transcurridos diez años de vigencia, el ordenamiento societario argentino mereció su primera gran reforma. A partir de la ley 22.903, del año 1983, se tipificó e incorporó al cuerpo legal el capítulo III, denominado De los contratos de colaboración empresaria, dividido en dos secciones. Ahora se encuentran incorporados al Código Civil y Comercial de la Nación en el Libro 3º, título IV, capítulo 16, sección 3ª y 4ª.

8.4. Sobre las agrupaciones de colaboración (ACE) y las uniones transitorias de empresas (UTE)

La Comisión redactora de la ley 22.903 consideró oportuno estructurar un régimen, también contractual, que contemplara la reunión de empresas en forma transitoria con la finalidad de reagrupar los recursos propios para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto. Así se explica en la exposición de motivos.

Se coloca la cuestión en el orden genérico de los contratos de participación, como contrato consensual, asociativo, oneroso, de tracto sucesivo, plurilateral o de colaboración, a favor de sus miembros. Se trata de dos o más personas puestas de acuerdo, sobre una actividad negocial, con una finalidad común o contrato de compañía.

---

(4) Zaldívar, Manóvil, Ragazzi, Rovira, *Cuadernos de Derecho Societario*, vol. IV, p. 3, 2ª reimpr., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980; *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

(5) CNCom., sala B, 16/7/1999, ED, 186-111.

8.5. Objetivos cumplidos y progresos sobre la cuestión que se trata

Desde la mirada estratégica del desarrollo empresario, la resolución del órgano de administración respalda la oportunidad y conveniencia de la decisión. Luego, la ulterior resolución de la asamblea, en su carácter unánime o no, condiciona los tiempos de su celebración. Esto último, conforme a las reglas sobre aprobación de cuestiones extraordinarias, condicionado según el *quorum* necesario para sesionar.

La decisión final de gobierno se alcanza en la asamblea de accionistas o reunión de socios, convocada según la ley o el estatuto para tratar determinados asuntos, con competencia exclusiva para resolver sobre los asuntos incluidos en los arts. 234 y 235, LGS, requerida su constitución a tales efectos en tanto se trata de un órgano no permanente.

La reunión de socios, asamblea, o junta de accionistas como se la denomina en otras legislaciones, es productora de decisión obligatoria para todos los accionistas, formadora de la voluntad social, a ser cumplida por el órgano de administración (art. 233). Son tomadas por mayoría absoluta de votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión, salvo lo dispuesto por el estatuto, donde no se aplica la pluralidad de votos. En caso de interés contrario al de la sociedad, por cuenta propia o ajena, es obligatorio abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquélla (art. 248).

En definitiva, constituye el elemento exteriorizante del poder de las mayorías o ejercicio del control.

8.6. La asamblea como componente estratégico de la organización societaria

Al tiempo de examinar el orden de decisiones en la estructura societaria en particular, la asamblea se destaca como principal componente estratégico de la misma a partir de su aptitud para conformar la integración del órgano de administración.

Responde a las pautas dadas por el estatuto en cuanto al régimen de *quorum* y mayorías necesarias, al tiempo que el porcentaje de participación sobre el total de votos representados por las acciones emitidas configura su determinación

No ha de pasarse por alto que es el ámbito natural de actuación de los sindicatos de accionistas.

8.7. El contrato de unión transitoria de empresas

Es aquí tema de análisis, por su integración a la nueva normativa, la denominada unión transitoria de empresas (arts. 1463 y ss., CCyCN), así reconocida cuando *las partes se reúnen para el desarrollo o ejecución de obras,*

servicios o suministros concretos, dentro o fuera de la República, pudiendo desarrollar o ejecutar las obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal. No obstante, se encuentra un mayor desarrollo de la cuestión al tratárselo en el capítulo XIX, en el marco de los agrupamientos societarios.

La reforma introducida a la ley societaria argentina en el año 1983, la de mayor dignificación desde su promulgación en el año 1972, por medio de la ley 22.903, reconocía como antecedente la figura del *joint venture* o "empresa común"; al tiempo que resolvía la participación de sociedades accionarias en sociedades de otro tipo, impedidas de así hacerlo por disposición del art. 30 de la ley bajo aquella redacción, ahora modificada por la ley 26.994.

Su implementación, por instrumento público o privado con firma certificada notarialmente, debe contener el objeto, su duración, denominación, nombre y datos de cada uno de los miembros, un domicilio especial, las obligaciones asumidas, las contribuciones debidas al fondo común operativo y los modos de financiar las actividades comunes en su caso, nombre y domicilio del representante; método de participación en la distribución de los ingresos y asunción de gastos; supuestos de separación y exclusión de los miembros y las causales de extinción del contrato, requisitos de admisión de nuevos miembros, sanciones por incumplimiento de obligaciones; normas para la elaboración de los estados de situación.

8.8. La agrupación de colaboración

También se incluye el llamado contrato de agrupación de colaboración, con un sentido mutualista, al servicio de sus propios miembros, donde *las partes establecen una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades.*

Se constituye para facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad empresarial de sus miembros, o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades. Es sujeto de derecho fiscal.

8.9. Consorcios de cooperación

Los consorcios de cooperación, hasta ahora ordenados por la ley 26.055, a fin de facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros, se incorporan a la nueva normativa a partir del art. 1470, CCyCN.

Así reconocido *cuando las partes establecen una organización común para facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros a fin de mejorar o acrecentar sus resultados.*

No puede ejercer funciones de dirección o control sobre la actividad de sus miembros, mientras que los resultados que genera la actividad desarrollada por el consorcio de cooperación se distribuyen entre sus miembros en la proporción que fija el contrato y, en su defecto, por partes iguales.

De su lado, las sociedades de garantía recíproca, ley 24.467, creadas para facilitar a la pequeña y mediana empresa el acceso al crédito.

Se afirma el principio de autonomía de la voluntad, mediante el cual, a través del contrato de colaboración empresaria se fortalece el principio de seguridad jurídica. Consiste en un contrato consensual, plurilateral, oneroso, nominado, no de organización en el estricto sentido dado por el art. 1°, LGS, por el que se genera, a partir del contrato de sociedad, una estructura suprasocietaria. En su finalidad esencial se desplaza la finalidad de lucro a favor de la ayuda a sus miembros, donde los criterios de interpretación y aplicación se apartan de la rigidez propia del formato de sociedad.

9. Contratos de empresa

A partir del capítulo 3 del título IV del Libro III, se encuentran los contratos que bien pueden ser llamados contratos de empresa. Serán tratados por separado, siguiendo el orden impuesto por el Código.

9.1. Contrato de suministro (arts. 1176 a 1186)

Es el contrato por el cual el suministrante se obliga a entregar bienes, incluso servicios, sin relación de dependencia, en forma periódica o continuada, y el suministrado a pagar un precio por cada entrega o grupo de ellas (art. 1176). No escapa a este análisis introductorio que la exclusión de posible relación de dependencia, que la norma enuncia, choca con principios de orden público propios del derecho del trabajo.

Puede ser celebrado por un plazo de hasta veinte años, si se trata de frutos o productos del suelo o del subsuelo, con proceso de elaboración o sin él, y de diez años en los demás casos. El plazo máximo se computa a partir de la primera entrega ordinaria (art. 1177).

Si no se conviene la entidad de las prestaciones a ser cumplidas por el suministrante durante períodos determinados, el contrato se entiende celebrado según las necesidades normales del suministrado al tiempo de su celebración. Si sólo se convinieron cantidades máximas y mínimas, el suministrado tiene el derecho de determinar la cantidad en cada oportunidad que corresponda, dentro de esos límites. Igual derecho tiene cuando se haya establecido solamente un mínimo, entre esta cantidad y las necesidades normales al tiempo del contrato (art. 1178). La norma, así redactada, habrá de ser interpretada de acuerdo con los usos y costumbres propios de la actividad y del lugar.

Si las cantidades a entregar en cada período u oportunidad pueden variarse, cada parte debe dar aviso a la otra de la modificación en sus necesidades de recepción o posibilidades de entrega, en la forma y oportunidades que pacten. No habiendo convención, debe avisarse con una anticipación que permita a la otra parte prever las acciones necesarias para una eficiente operación (art. 1179).

El plazo legal o convencional para el cumplimiento de las prestaciones singulares se presume establecido en interés de ambas partes, excepto pacto en contrario (art. 1180).

.A falta de convención o uso en contrario, en las prestaciones singulares, el precio: a) se determina según el precio de prestaciones similares que el suministrante efectúe en el tiempo y lugar de cada entrega, si la prestación es de aquellas que hacen a su giro ordinario de negocios o modo de vida; b) en su defecto, se determina por el valor corriente de plaza en la fecha y lugar de cada entrega; c) debe ser pagado dentro de los primeros diez días del mes calendario siguiente a aquel en que ocurrió la entrega (art. 1181).

El pacto mediante el cual una de las partes se obliga a dar preferencia a la otra, en la celebración de un contrato sucesivo relativo al mismo o similar objeto, es válido siempre que la duración de la obligación no exceda de tres años (art. 1182).

Si la duración del suministro no ha sido establecida expresamente, cualquiera de las partes puede resolverlo, dando aviso previo en las condiciones pactadas. De no existir pacto, se aplican los usos. En su defecto, el aviso debe cursarse en un término razonable según las circunstancias y la naturaleza del suministro, que en ningún caso puede ser inferior a sesenta días (art. 1183).

En caso de incumplimiento de las obligaciones de una de las partes en cada prestación singular, la otra sólo puede resolver el contrato de suministro, en los términos de los arts. 1077 y ss., si el incumplimiento es de notable importancia, de forma tal de poner razonablemente en duda la posibilidad del incumplidor de atender con exactitud los posteriores vencimientos (art. 1184).

En tanto no esté previsto en el contrato o en las normas precedentes, se aplican a las prestaciones singulares las reglas de los contratos a las que ellas correspondan, que sean compatibles (art. 1185).

9.2. Contrato de *leasing* (arts. 1227 a 1250)

Se trata de un contrato caracterizado como consensual, oneroso, bilateral, conmutativo, formal, de tracto sucesivo, de ejecución diferida, por adhesión, civil o comercial, *intuitu personae*, financiero, de administración y de disposición de bienes. Con la sanción de la ley 24.441 y posteriormente la

ley 25.248, obtuvo reconocimiento legislativo haciendo del mismo un contrato típico, ahora incorporado al cuerpo codificado.

Por éste, el dador conviene transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce, contra el pago de un canon, y le confiere una opción de compra por un precio (art. 1227). Su objeto pueden ser cosas muebles e inmuebles, marcas, patentes o modelos industriales y *software*, de propiedad del dador o sobre los que el dador tenga la facultad de dar en *leasing* (art. 1228).

El monto y la periodicidad de cada canon se determinan en el contrato (art. 1229). En cuanto al precio de ejercicio de la opción de compra, debe estar fijado en el contrato o ser determinable según procedimientos o pautas pactadas (art. 1230).

El bien objeto del contrato puede:

a) comprarse por el dador a persona indicada por el tomador;

b) comprarse por el dador según especificaciones del tomador o según catálogos, folletos o descripciones identificadas por éste;

c) comprarse por el dador, quien sustituye al tomador, al efecto, en un contrato de compraventa que éste haya celebrado;

d) ser de propiedad del dador con anterioridad a su vinculación contractual con el tomador;

e) adquirirse por el dador al tomador por el mismo contrato o habérselo adquirido con anterioridad;

f) estar a disposición jurídica del dador por título que le permita constituir *leasing* sobre él (1231).

En los incs. a), b) y c), el dador cumple el contrato adquiriendo los bienes indicados por el tomador. El tomador puede reclamar del vendedor, sin necesidad de cesión, todos los derechos que emergen del contrato de compraventa. El dador puede liberarse convencionalmente de las responsabilidades de entrega y de la obligación de saneamiento. En los casos del inc. d), así como en aquellos en que el dador es fabricante, importador, vendedor o constructor del bien dado en *leasing*, éste no puede liberarse de la obligación de entrega y de saneamiento. En el inc. e), el dador no responde por la obligación de entrega ni por garantía de saneamiento, excepto pacto en contrario. El inc. f) preceptúa que se deben aplicar las reglas de los párrafos anteriores de este artículo, según corresponda a la situación concreta (art. 1232).

Pueden incluirse en el contrato los servicios y accesorios necesarios para el diseño, la instalación, puesta en marcha y puesta a disposición de los bienes dados en *leasing*, y su precio integrar el cálculo del canon (art. 1233).

Se instrumentará en escritura pública, si tiene como objeto inmuebles, buques o aeronaves (art. 1234), debiendo inscribirse en el registro que co-

rresponda según la naturaleza de la cosa que constituye su objeto, a partir de la celebración y con prescindencia de la fecha en que corresponda hacer entrega de la cosa objeto de la prestación comprometida.

9.3. Contratos bancarios (arts. 1378 a 1420)

Se abre el capítulo destinado a los contratos bancarios, con el tratamiento de normas dirigidas a considerar la transparencia de las condiciones contractuales propias de tal actividad. Bajo ese orden, sus disposiciones se aplican a los contratos celebrados con las entidades comprendidas en la normativa sobre entidades financieras, y con las personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en esa legislación cuando el Banco Central de la República Argentina disponga que dicha normativa les sea aplicable.

La publicidad, la propuesta y la documentación contractual deben indicar con precisión y en forma destacada, si la operación corresponde a la cartera de consumo o a la cartera comercial, de acuerdo con la clasificación que realiza el Banco Central de la República Argentina. Esa calificación no prevalece sobre la que surge del contrato ni de la decisión judicial, conforme a las normas del Código. Los bancos deben informar en sus anuncios, en forma clara, la tasa de interés, gastos, comisiones y demás condiciones económicas de las operaciones y servicios ofrecidos (art. 1379).

Sobre la forma, debe instrumentarse por escrito, de acuerdo con los medios regulados por la nueva normativa. El cliente tiene derecho a que se le entregue un ejemplar (art. 1380). En su contenido debe especificar la tasa de interés y cualquier precio, gasto, comisión y otras condiciones económicas a cargo del cliente. Si no determina dicha tasa, es aplicable la nominal mínima y máxima, respectivamente, para las operaciones activas y pasivas promedio del sistema, publicadas por el Banco Central de la República Argentina a la fecha del desembolso o de la imposición. Las cláusulas de remisión a los usos, para la determinación de las mismas y de otros precios y condiciones contractuales, se tienen por no escritas (art. 1381).

En cuanto al suministro de información, el banco debe comunicar en forma clara, escrita o por medios electrónicos previamente aceptados por el cliente, al menos una vez al año, el desenvolvimiento de las operaciones correspondientes a contratos de plazo indeterminado o de plazo mayor a un año. Transcurridos sesenta días contados a partir de la recepción de la comunicación, la falta de oposición escrita por parte del cliente se entiende como aceptación de las operaciones informadas, sin perjuicio de las acciones previstas en los contratos de consumo. Igual regla se aplica a la finalización de todo contrato que prevea plazos para el cumplimiento (art. 1382).

El contrato por tiempo indeterminado puede ser rescindido por el cliente en cualquier momento, sin penalidad ni gastos, excepto los devengados antes del ejercicio de este derecho (art. 1383).

El Código trata, por separado, lo que denomina contratos bancarios con consumidores y usuarios, de lo que resulta que las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los bancarios de conformidad con lo dispuesto en el art. 1093 (art. 1384).

De allí, son nulos los contratos de crédito que no contienen información relativa al tipo y partes del mismo, el importe total del financiamiento, el costo financiero total y las condiciones de desembolso y reembolso (art. 1389).

En la sección siguiente pasa a considerar los contratos en particular.

9.3.1. Depósito bancario de dinero

Hay depósito de dinero cuando el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto (art. 1390).

Será considerado como depósito a la vista cuando esté representado en un documento material o electrónico que refleje fielmente los movimientos y el saldo de la cuenta del cliente. El banco puede dejar sin efecto la constancia por él realizada que no corresponda a esa cuenta. Si el depósito está a nombre de dos o más personas, cualquiera de ellas puede disponerlo, aun en caso de muerte de una, excepto que se haya convenido lo contrario (art. 1391).

Se entiende como depósito a plazo, cuando otorga al depositante el derecho a una remuneración si no retira la suma depositada antes del término o del preaviso convenidos. El banco debe extender un certificado transferible por endoso, excepto que se haya pactado lo contrario, en cuyo caso la transmisión sólo puede realizarse a través de un contrato de cesión de derechos (art. 1392).

9.3.2. Cuenta corriente bancaria

Define a la cuenta corriente bancaria como el contrato por el cual el banco se compromete a inscribir diariamente, y por su orden, los créditos y débitos, de modo de mantener un saldo actualizado y en disponibilidad del cuentacorrentista y, en su caso, prestar un servicio de caja (art. 1393). De allí, la entidad debe prestar los demás servicios relacionados con la cuenta que resulten de la convención, de las reglamentaciones, o de los usos y prácticas (art. 1394).

Sobre el servicio de cheques, se dispone que, si el contrato incluye tal servicio, el banco debe entregar al cuentacorrentista, a su solicitud, los formularios correspondientes (art. 1397).

Se incluye ahora el tratamiento de las condiciones de saldo deudor, el que genera intereses que se capitalizan trimestralmente, excepto que lo contrario resulte de la reglamentación, de convención o usos. Las partes pueden convenir que el saldo acreedor de la cuenta corriente genere intereses capitalizables en los períodos y a la tasa que libremente pacten (art. 1398).

Sobre cuentas a nombre de dos o más personas, como titulares, se aplica la responsabilidad solidaria ante el banco. Obvia consecuencia resultante del contrato celebrado entre la entidad financiera y los cuentacorrentistas. Son solidariamente responsables frente al banco por los saldos que arrojen (art. 1399). No se deja de anotar que tal solidaridad no alcanza a la obligación cambiaria contenida en el cheque, la que se rige por el régimen de los títulos de crédito.

En lo que respecta a los resúmenes de cuenta, excepto que resulten plazos distintos de las reglamentaciones, de convención o usos:

a) el banco debe remitir al cuentacorrentista dentro de los ocho días de finalizado cada mes, un extracto de los movimientos de cuenta y los saldos que resultan de cada crédito y débito;

b) el resumen se presume aceptado si el cuentacorrentista no lo observa dentro de los diez días de su recepción o alega no haberlo recibido, pero deja transcurrir treinta días desde el vencimiento del plazo en que la entidad debe enviarlo, sin reclamarlo (1403).

Sobre el cierre de la cuenta, en el art. 1404 se enumeran las causales: a) por decisión unilateral de cualquiera de las partes, previo aviso con una anticipación de diez días, excepto pacto en contrario;

b) por quiebra, muerte o incapacidad del cuentacorrentista;

c) por revocación de la autorización para funcionar, quiebra o liquidación del banco;

d) por demás causales que surjan de reglamentación o convención.

En cuanto a la ejecución del saldo deudor, se incorpora con el art. 1406 al certificado de saldo deudor, como título base de la ejecución con fuerza de tal. Se trae así al nuevo régimen la anterior norma contenida en el art. 793, CCom.

Producido el cierre e informado el cuentacorrentista, si el banco está autorizado a operar en la República, puede emitir un título con eficacia ejecutiva.

El certificado debe ser firmado por dos personas, apoderadas del banco mediante escritura pública, en el que se debe indicar:

a) el día de cierre de la cuenta;

b) el saldo a dicha fecha;

c) el medio por el que ambas circunstancias fueron comunicadas al cuentacorrentista.

9.3.3. Préstamo bancario

En el art. 1408 se define el préstamo bancario como un contrato por el cual el banco se compromete a entregar una suma de dinero obligándose el prestatario a su devolución y al pago de intereses en moneda de la misma especie, conforme con lo pactado.

9.3.4. Contrato de descuento bancario

A continuación se conceptualiza el contrato de descuento bancario, del que resulta la obligación del titular de un crédito contra terceros a cederlo a un banco, y a éste anticiparle el importe del crédito, en moneda de la misma especie, según lo establecido. La entidad financiera tiene derecho a la restitución de las sumas anticipadas, aunque el descuento tenga lugar mediante endoso de letras de cambio, pagarés o cheques y haya ejercido contra el tercero los derechos y acciones derivados del título (art. 1409).

9.3.5. Apertura de crédito

Atiende luego a la apertura de crédito como obligación en cabeza de la entidad, a cambio de remuneración en moneda de la misma especie de la obligación principal, de acuerdo con lo convenido, y mantener a disposición de otra persona un crédito de dinero, dentro del límite acordado y por un tiempo fijo o indeterminado (art. 1410).

9.3.6. Locación de caja de seguridad

Con su incorporación al Código, la reforma supera un viejo debate sobre el carácter y naturaleza de la locación de caja de seguridad, no entendido como operación de banco. Ahora, se reconoce, en el art. 1413, que el prestador de una caja de seguridad responde frente al usuario por la idoneidad de la custodia de los locales, la integridad de las cajas y el contenido de ellas, conforme con lo acordado y las expectativas creadas en el usuario, no así por caso fortuito externo a su actividad, ni por vicio propio de las cosas guardadas. Responsabilidad de la que el prestador no puede verse eximido, mas sí es válida la cláusula de limitación de la responsabilidad hasta un monto máximo, sólo si el usuario es debidamente informado y el límite no importa una desnaturalización de las obligaciones del prestador (art. 1414).

La custodia de títulos constituye una frecuente relación contractual en la operatoria bancaria, por la que el banco asume, a cambio de una remu-

neración, la custodia de títulos en administración, debiendo proceder a su guarda, gestionar el cobro de los intereses o los dividendos y los reembolsos del capital por cuenta del depositante y, en general, proveer la tutela de los derechos inherentes a los títulos (art. 1418).

9.4. Contrato de factoraje (arts. 1421 a 1428)

El contrato de factoraje o *factoring*, como habitualmente se lo reconoce, consiste en la obligación que una de las partes, denominada factor, asume, de adquirir por un precio en dinero determinado o determinable los créditos originados en el giro comercial de otra, llamada factoreado, pudiendo otorgar anticipo sobre tales créditos tomando o no los riesgos (art. 1421). Adquisición que puede ser complementada con servicios de administración y gestión de cobranza, asistencia técnica, comercial o administrativa respecto de los créditos cedidos.

Bajo ese marco contractual, son válidas las cesiones globales de parte o todos los créditos del factoreado, tanto los existentes como los futuros, siempre que estos últimos sean determinables (art. 1423), donde debe incluirse la relación de los derechos de crédito que se transmiten, la identificación del factor y factoreado y los datos necesarios para identificar los documentos representativos de los derechos de crédito, sus importes y sus fechas de emisión y vencimiento, o los elementos que permitan su identificación cuando el factoraje es determinable (art. 1424).

9.5. Cuenta corriente (arts. 1430 a 1441)

A partir del art. 1430, se entiende al contrato de cuenta corriente como aquel por el cual dos partes se comprometen a inscribir en una cuenta las remesas recíprocas que se efectúen y se obligan a no exigir ni disponer de los créditos resultantes de ellas hasta el final de un período, a cuyo vencimiento se compensan, haciéndose exigible y disponible el saldo que resulte.

Alcanza a todos los créditos entre las partes, resultantes de títulos valores o de relaciones contractuales posteriores al contrato, excepto estipulación en contrario, no pudiendo incorporarse créditos no compensables ni ilíquidos o litigiosos (art. 1431).

9.6. Contrato de agencia (arts. 1479 a 1501)

Se entiende que hay contrato de agencia cuando una parte, denominada agente, se obliga a promover negocios por cuenta de otra, denominada preponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente, sin que medie relación laboral alguna, mediante una retribución. El agente es un intermediario independiente, no asume el riesgo de las operaciones ni representa al preponente. El contrato debe instrumentarse por escrito (art. 1479). Como se señalara en situación semejante, no toca al derecho pri-

vado determinar la existencia o no de relación laboral, en tanto relaciones de muy distinta naturaleza, por lo que la pretendida exclusión debe entenderse como carente de toda eficacia técnica.

Se destaca en el art. 1480 el derecho a la exclusividad en cabeza del agente, en el ramo de los negocios, en la zona geográfica, o respecto del grupo de personas expresamente determinados en el contrato. Ello no excluye su relación con varios empresarios, con los que el agente puede contratar sus servicios.

Bajo este marco contractual, son obligaciones del agente:

a) velar por los intereses del empresario y actuar de buena fe en el ejercicio de sus actividades;

b) ocuparse con la diligencia de un buen hombre de negocios de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que le encomendaron;

c) cumplir su cometido de conformidad con las instrucciones recibidas del empresario y transmitir a éste toda la información de la que disponga relativa a su gestión;

d) informar al empresario, sin retraso, de todos los negocios tratados o concluidos y, en particular, lo relativo a la solvencia de los terceros con los que se proponen o se concluyen operaciones;

e) recibir en nombre del empresario las reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos o de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque él no las haya concluido, y transmitírselas de inmediato;

f) asentar en su contabilidad en forma independiente los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe (art. 1483).

De su lado, son obligaciones del empresario:

a) actuar de buena fe, y hacer todo aquello que le incumbe, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, para permitir al agente el ejercicio normal de su actividad;

b) poner a disposición del agente con suficiente antelación y en la cantidad apropiada, muestras, catálogos, tarifas y demás elementos de que se disponga y sean necesarios para el desarrollo de las actividades del agente;

c) pagar la remuneración pactada;

d) comunicar al agente, dentro del plazo de uso o, en su defecto, dentro de los quince días hábiles de su conocimiento, la aceptación o rechazo de la propuesta que le haya sido transmitida;

e) comunicar al agente, dentro del plazo de uso o, en su defecto, dentro de los quince días hábiles de la recepción de la orden, la ejecución parcial o la falta de ejecución del negocio propuesto (art. 1484).

Claramente se determina que el agente no representa al empresario a los fines de la conclusión y ejecución de los contratos en los que actúa, excepto para recibir las reclamaciones de terceros previstas en el art. 1483, inc. e), debiendo tener poder especial para cobrar los créditos resultantes de su gestión, mas en ningún caso puede conceder quitas o esperas ni consentir acuerdos, desistimientos o avenimientos concursales, sin facultades expresas, de carácter especial, en las que conste en forma específica el monto de la quita o el plazo de la espera. Se prohíbe al agente desistir de la cobranza de un crédito del empresario en forma total o parcial (art. 1485).

Finalmente, se excluye de este capítulo a los agentes de bolsa o de mercados de valores, de futuros y opciones o derivados; a los productores o agentes de seguros; a los agentes financieros o cambiarios; a los agentes marítimos o aeronáuticos, y a los demás grupos regidos por leyes especiales en cuanto a las operaciones que efectúen.

9.7. Contrato de concesión (arts. 1502 a 1511)

Hay contrato de concesión cuando el concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros, se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresaria para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido (art. 1502).

Excepto pacto en contrario:

a) la concesión es exclusiva para ambas partes en el territorio o zona de influencia determinados. El concedente no puede autorizar otra concesión en el mismo territorio o zona y el concesionario no puede, por sí o por interpósita persona, ejercer actos propios de la concesión fuera de esos límites o actuar en actividades competitivas;

b) la concesión comprende todas las mercaderías fabricadas o provistas por el concedente, incluso los nuevos modelos (art. 1503).

Son obligaciones del concedente:

a) proveer al concesionario de una cantidad mínima de mercaderías que le permita atender adecuadamente las expectativas de venta en su territorio o zona, de acuerdo con las pautas de pago, de financiación y garantías previstas en el contrato. El contrato puede prever la determinación de objetivos de ventas, los que deben ser fijados y comunicados al concesionario de acuerdo con lo convenido;

b) respetar el territorio o zona de influencia asignado en exclusividad al concesionario. Son válidos los pactos que, no obstante la exclusividad, reservan para el concedente cierto tipo de ventas directas o modalidades de ventas especiales;

c) proveer al concesionario la información técnica y, en su caso, los manuales y la capacitación de personal necesarios para la explotación de la concesión;

d) proveer durante un período razonable, en su caso, repuestos para los productos comercializados;

e) permitir el uso de marcas, enseñas comerciales y demás elementos distintivos, en la medida necesaria para la explotación de la concesión y para la publicidad del concesionario dentro de su territorio o zona de influencia (art. 1504),

Son obligaciones del concesionario:

a) comprar exclusivamente al concedente las mercaderías y, en su caso, los repuestos objeto de la concesión, y mantener la existencia convenida de ellos o, en defecto de convenio, la cantidad suficiente para asegurar la continuidad de los negocios y la atención del público consumidor;

b) respetar los límites geográficos de actuación y abstenerse de comercializar mercaderías fuera de ellos, directa o indirectamente, por interpósita persona;

c) disponer de los locales y demás instalaciones y equipos que resulten necesarios para el adecuado cumplimiento de su actividad;

d) prestar los servicios de preentrega y mantenimiento de las mercaderías, en caso de haberlo así convenido;

e) adoptar el sistema de ventas, de publicidad y de contabilidad que fije el concedente;

f) capacitar a su personal de conformidad con las normas del concedente. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inc. a) de este artículo, el concesionario puede vender mercaderías del mismo ramo que le hayan sido entregadas en parte de pago de las que comercialice por causa de la concesión, así como financiar unas y otras, y vender, exponer o promocionar otras mercaderías o servicios que se autoricen por el contrato, aunque no sean accesorios de las mercaderías objeto de la concesión, ni estén destinados a ella (art. 1505).

El concesionario tiene derecho a una retribución, que puede consistir en una comisión o un margen sobre el precio de las unidades vendidas por él a terceros o adquiridas al concedente, o también en cantidades fijas u otras formas convenidas con el concedente. Los gastos de explotación están a cargo del concesionario, excepto los necesarios para atender los servicios de preentrega o de garantía gratuita a la clientela, en su caso, que deben ser pagados por el concedente, conforme a lo pactado (art. 1507).

Las normas de este capítulo se aplican a:

a) los contratos por los que se conceda la venta o comercialización de *software* o de procedimientos similares;

b) los contratos de distribución, en cuanto sean pertinentes (art. 1511).

9.8. Contrato de franquicia (arts. 1512 a 1524)

Otra novedad que la reforma aporta es la incorporación del contrato de *franchising*, aquí llamado de franquicia, calificado por la norma como "franquicia comercial", dando así lugar a que se configure una no comercial.

Se lo reconoce cuando una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo su nombre comercial, emblema o la marca, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta de aquél. Debe ser titular exclusivo del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el sistema bajo franquicia; o, en su caso, tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado en los términos del contrato. Asimismo, no puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado (art. 1512).

A los fines de la interpretación del contrato se entiende que

a) franquicia mayorista es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a una persona física o jurídica un territorio o ámbito de actuación nacional, regional o provincial con derecho de nombrar subfranquiciados, el uso de sus marcas y sistema de franquicias bajo contraprestaciones específicas;

b) franquicia de desarrollo es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a un franquiciado, denominado desarrollador, el derecho a abrir múltiples negocios franquiciados bajo el sistema, método y marca del franquiciante en una región o en el país durante un término prolongado no menor a cinco años, y en el que todos los locales o negocios que se abren dependen o están controlados, en caso de que se constituyan como sociedades, por el desarrollador, sin que éste tenga el derecho de ceder su posición como tal o subfranquiciar, sin el consentimiento del franquiciante;

c) sistema de negocios: es el conjunto de conocimientos prácticos y la experiencia acumulada por el franquiciante, no patentado, que ha sido debidamente probado, secreto, sustancial y transmisible. Es secreto, cuando en su conjunto o la configuración de sus componentes no es generalmente conocida o fácilmente accesible. Es sustancial, cuando la información que contiene es relevante para la venta o prestación de servicios y permite al franquiciado prestar sus servicios o vender los productos conforme con el sistema de negocios. Es transmisible, cuando su descripción es suficiente para permitir al franquiciado desarrollar su negocio de conformidad a las pautas creadas o desarrolladas por el franquiciante (art. 1513).

Son obligaciones del franquiciante:

a) proporcionar, con antelación a la firma del contrato, información económica y financiera sobre la evolución de dos años de unidades similares a

la ofrecida en franquicia, que hayan operado un tiempo suficiente, en el país o en el extranjero;

b) comunicar al franquiciado el conjunto de conocimientos técnicos, aun cuando no estén patentados, derivados de la experiencia del franquiciante y comprobados por éste como aptos para producir los efectos del sistema franquiciado;

c) entregar al franquiciado un manual de operaciones con las especificaciones útiles para desarrollar la actividad prevista en el contrato;

d) proveer asistencia técnica para la mejor operatividad de la franquicia durante la vigencia del contrato;

e) si la franquicia comprende la provisión de bienes o servicios a cargo del franquiciante o de terceros designados por él, asegurar esa provisión en cantidades adecuadas y a precios razonables, según usos y costumbres comerciales locales o internacionales;

f) defender y proteger el uso por el franquiciado, en las condiciones del contrato, de los derechos referidos en el art. 1512, sin perjuicio de que

i) en las franquicias internacionales esa defensa está contractualmente a cargo del franquiciado, a cuyo efecto debe ser especialmente apoderado sin perjuicio de la obligación del franquiciante de poner a disposición del franquiciado, en tiempo propio, la documentación y demás elementos necesarios para ese cometido;

ii) en cualquier caso, el franquiciado está facultado para intervenir como interesado coadyuvante, en defensa de tales derechos, en las instancias administrativas o judiciales correspondientes, por las vías admitidas por la ley procesal, y en la medida que ésta lo permita (art. 1514).

Son obligaciones mínimas del franquiciado:

a) desarrollar efectivamente la actividad comprendida en la franquicia, cumplir las especificaciones del manual de operaciones y las que el franquiciante le comunique en cumplimiento de su deber de asistencia técnica;

b) proporcionar las informaciones que razonablemente requiera el franquiciante para el conocimiento del desarrollo de la actividad y facilitar las inspecciones que se hayan pactado o que sean adecuadas al objeto de la franquicia;

c) abstenerse de actos que puedan poner en riesgo la identificación o el prestigio del sistema de franquicia que integra o de los derechos mencionados en el art. 1512, segundo párrafo, y cooperar, en su caso, en la protección de esos derechos;

d) mantener la confidencialidad de la información reservada que integra el conjunto de conocimientos técnicos transmitidos y asegurar esa con-

fidencialidad respecto de las personas, dependientes o no, a las que deban comunicarse para el desarrollo de las actividades. Esta obligación subsiste después de la expiración del contrato;

e) cumplir con las contraprestaciones comprometidas, entre las que pueden pactarse contribuciones para el desarrollo del mercado o de las tecnologías vinculadas a la franquicia (art. 1515).

En tanto la previsión normativa incide en el marco del derecho a la competencia, se establece, en el art. 1523, que el contrato de franquicia, por sí mismo, no debe ser considerado un pacto que limite, restrinja o distorsione la competencia.

En cuanto a los casos comprendidos, las disposiciones del capítulo se aplican, en cuanto sean compatibles, a las franquicias industriales y a las relaciones entre franquiciante y franquiciado principal y entre éste y cada uno de sus subfranquiciados.

9.9. Contrato de fideicomiso (arts. 1666 a 1707)

Se define, en el art. 1666, al contrato de fideicomiso como aquel donde una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario.

El contrato debe contener:

a) la individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, debe constar la descripción de los requisitos y características que deben reunir los bienes;

b) la determinación del modo en que otros bienes pueden ser incorporados al fideicomiso, en su caso;

c) el plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria;

d) la identificación del beneficiario, o la manera de determinarlo conforme con el art. 1671;

e) el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso, con indicación del fideicomisario a quien deben transmitirse o la manera de determinarlo conforme con el art. 1672;

f) los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo, si cesa (art. 1667).

No puede durar más de treinta años desde la celebración del contrato, excepto que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad res-

tringida, caso en el que puede durar hasta el cese de la incapacidad o de la restricción a su capacidad, o su muerte (art. 1668).

Sobre la forma, debe inscribirse en el Registro Público que corresponda, puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público. En este caso, cuando no se cumple dicha formalidad, el contrato vale como promesa de otorgarlo. Si la incorporación de esta clase de bienes es posterior a la celebración del contrato, es suficiente con el cumplimiento, en esa oportunidad, de las formalidades necesarias para su transferencia, debiéndose transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso (art. 1669).

Pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlo las herencias futuras (art. 1670).

El beneficiario puede ser una persona humana o jurídica, que puede existir o no al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deben constar los datos que permitan su individualización futura. Pueden ser beneficiarios el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario. Pueden designarse varios beneficiarios quienes, excepto disposición en contrario, se benefician por igual; para el caso de no aceptación o renuncia de uno o más designados, o cuando uno u otros no llegan a existir, se puede establecer el derecho de acrecer de los demás o, en su caso, designar beneficiarios sustitutos. Si ningún beneficiario acepta, todos renuncian o no llegan a existir, se entiende que el beneficiario es el fideicomisario. Si también el fideicomisario renuncia o no acepta, o si no llega a existir, el beneficiario debe ser el fiduciante. El derecho del beneficiario, aunque no haya aceptado, puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, excepto disposición en contrario del fiduciante. Si la muerte extingue el derecho del beneficiario designado, se aplican las reglas de los párrafos precedentes (art. 1671).

El fideicomisario es la persona a quien se transmite la propiedad al concluir el fideicomiso. Puede ser el fiduciante, el beneficiario, o una persona distinta de ellos. No puede ser fideicomisario el fiduciario. Se aplican al fideicomisario los párrafos primero, segundo y tercero del art. 1671. Si ningún fideicomisario acepta, todos renuncian o no llegan a existir, el fideicomisario es el fiduciante.

El fiduciario puede ser cualquier persona humana o jurídica. Sólo pueden ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales, sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autoriza el organismo de contralor de los mercados de valores, que debe establecer los requisitos que deben cumplir. El fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato (art. 1673).

Síntesis

Se reconoce a la empresa como el elemento organizacional productor de bienes y servicios, mas sin atribuirle calidad de sujeto de derecho. Eje del pensamiento sostenido por la cátedra, configurante del escenario desde el cual se construye el entramado de normas que ordenan su funcionamiento.

Sobre el eje de la empresa donde el autor avizora el contenido del derecho empresarial, por lo menos desde el punto de vista doctrinario y pedagógico.

A partir de ello constituye el objeto de observación del proceso científico de elaboración de lo que bien puede llamarse derecho empresario o derecho de la empresa.

El empresario es el sujeto persona física de existencia visible o persona de existencia ideal que lleva adelante el desarrollo de la empresa.

Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada, o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios.

Se reconocen cuatro líneas claramente definidas, en orden al desenvolvimiento de lo que hasta aquí se define como derecho mercantil moderno.

Sus sujetos: el empresario individual o colectivo; los negocios desarrollados principalmente en los mercados, donde se ubican los negocios de colaboración o consorcios, que también admiten el concepto de organización; la figura del consumidor como nuevo paradigma de vínculo de la empresa con el mundo exterior y, finalmente, la actividad afectada por una situación de cesación de pagos.

Se declaran elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su transmisión por cualquier título: las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todo los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística.

Frente a la concentración empresaria, la modalidad de la colaboración empresaria se instrumenta a través de un contrato plurilateral de organización y coordinación, con el propósito de reunir transitoriamente a sus miembros para el desarrollo de operaciones o la colaboración en los que los mismos tienen intereses comunes con reparto o división del trabajo para su ejecución.

Capítulo V

Sociedad. Naturaleza. Elementos

Por Horacio A. Irigoyen y Gerardo F. Bernusi

1. Sociedad: concepto. Su importancia en la economía moderna. Análisis de la definición legal

El concepto de sociedad fue evolucionando junto con el desarrollo del comercio, a la vez que se tornaron más complejas las operaciones que debía realizar.

De allí, que el concepto fue adquiriendo una nueva dimensión, incorporando nuevos elementos. Se convierte así, la sociedad, en una estructura legal que lleva a cabo los actos tendientes al cumplimiento de su objeto por medio de la empresa.

Su aparición propició la formación de grandes emprendimientos a través de la acumulación de cuantiosos capitales que permitieron llevar adelante actividades que de otro modo no hubieran podido llevarse a la práctica y, en definitiva, convertirse en actor principal del desarrollo del sistema capitalista.

El rasgo que la caracteriza es la distinción patrimonial y de personalidad entre ella y quienes la integran.

Tan cierto como lo manifestado anteriormente es el hecho de que nunca faltan los inescrupulosos que, al amparo del beneficio que otorga la separación patrimonial, hacen un uso disvalioso y distorsionado de este notable instrumento con el solo fin de sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones y defraudar a terceros.

Independientemente del hecho que la problemática planteada es objeto de estudio del siguiente capítulo, vale adelantar que la doctrina y jurisprudencia, poniéndose a la altura de las circunstancias, elaboraron remedios tendientes a evitar abusos y fraudes al usar la figura de un modo reprobable.

Estos remedios, a los que se hace referencia en el parágrafo anterior, tuvieron su origen en el derecho anglosajón con el *disregard of legal entity* que no significa otra cosa que desestimar la personalidad jurídica.

Estas teorías también fueron referidas como de "la desestimación o penetración de la personalidad" y, en definitiva, permiten al juez descorrer el velo de la personalidad y penetrar en la realidad subyacente de una sociedad que es utilizada en forma abusiva, apartándose de los fines tenidos a la mira por el legislador al reconocerla.

El remedio consiste en atribuir a las personas que la componen y se esconden detrás de la personalidad jurídica, las responsabilidades y consecuencias de las conductas antijurídicas.

A partir de un concepto de sociedad que incluía la necesaria participación de dos o más personas, la irrupción en nuestro ordenamiento de la sociedad anónima unipersonal vino a quebrar ese antiguo paradigma permitiendo que un solo individuo pueda, a través de esta figura, asignar parte de su patrimonio a la producción o intercambio de bienes o servicios, es decir, concurrir al alea de los negocios, sin que esto le signifique comprometer la totalidad del mismo al reconocer el derecho al fraccionamiento patrimonial fundado en distintas unidades de negocios pertenecientes a una misma persona.

El art. 1° de la Ley General de Sociedades —LGS— (ley 19.550, t.o. dec. 841/1984, modif. ley 26.994) establece:

"*Concepto*

"*Artículo 1°*.— Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

"La sociedad unipersonal sólo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal.

"Resulta imprescindible conforme a este concepto el 'objeto empresario', que no es más que la existencia de una organización (empresaria) para

la producción o intercambio de bienes o servicios, por lo que la sociedad se revela como la expresión jurídica de la empresa económica".

El art. 2°, LGS, de su lado, expresa:

"La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley".

Esta norma evidencia que la personalidad jurídica es otorgada a la sociedad con los alcances y límites que la propia ley establece.

La sociedad tendrá, así, determinados atributos por disposición de la ley y no como consecuencia natural de su personalidad, por ello, será la propia ley quien le fije el alcance su capacidad.

2. La sociedad y su distinción con otras formas asociativas: asociaciones civiles, fundaciones, contratos de colaboración empresaria. Otras figuras

La falta de diferenciación de sus rasgos más relevantes hace que en la práctica se dificulte el encuadre legal de algunas formas asociativas con respecto a las sociedades, siendo de vital importancia delimitar el correcto encuadre legal de esas figuras, pues del mismo se desprenderán una serie de consecuencias relativas a responsabilidad, regímenes legales aplicables, derechos de las partes y de los terceros, etcétera.

La situación anteriormente descripta amerita las distinciones que siguen.

2.1. Asociaciones civiles

Las asociaciones civiles reguladas por los arts. 168 a 186 del CCyCN se caracterizan por no poder perseguir el lucro como fin principal y deben tener un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común. Se les impone la obligación de llevar contabilidad y se encuentran sujetas a control estatal nacional o local permanente.

El proceso de formación y constitución de las asociaciones civiles tiene la particularidad de comprender distintas etapas: a) otorgamiento por escribano público, b) autorización estatal para funcionar y c) inscripción en el registro correspondiente.

Sus administradores serán los miembros de la comisión directiva, que deberán ser asociados. Cuenta con un órgano de fiscalización que no podrá estar formado por integrantes de la comisión directiva, ni por los certificantes de sus estados contables.

Sus asociados se reúnen en asambleas y el pago de las cuotas y contribuciones correspondientes al mes inmediato anterior es necesario para participar de las mismas.

Si bien en la asociación civil deben concurrir la pluralidad de miembros y realizarse los aportes necesarios para formar un patrimonio que permita cumplir con su fin, faltan el propósito de lucro y la consecuente contribución o soportación de las pérdidas que constituye un elemento específico esencial de las sociedades.

Al respecto, el art. 181, CCyCN, delimita la responsabilidad de los asociados, disponiendo:

"Art. 181.— Responsabilidad. Los asociados no responden en forma directa ni subsidiaria por las deudas de la asociación civil. Su responsabilidad se limita al cumplimiento de los aportes comprometidos al constituirla o posteriormente y al de las cuotas y contribuciones a que estén obligados".

Este punto marca una diferencia sustancial con la sociedad a partir de la inexistencia de fin de lucro y la no contribución a las pérdidas por parte de sus asociados, sumado a la persecución del bien común en forma altruista más allá de la consideración del interés de sus asociados.

2.2. Fundaciones

Están reguladas en los arts. 193 a 224, CCyCN. Se constituyen con una finalidad de bien común, sin propósito de lucro y mediante el aporte patrimonial de una o más personas con el objeto de hacer posibles sus fines. Este patrimonio inicial deberá posibilitar razonablemente el cumplimiento de los fines propuestos en sus estatutos, además, y teniendo a la mira la consecución de estos fines, se considerarán también los bienes que puedan recibir provenientes de compromisos de aportes de integración futura, ya sea de sus fundadores o de terceros.

Deben constituirse por instrumento público que será presentado por ante la autoridad de contralor para su aprobación. Con la solicitud de otorgamiento de personería jurídica deberán acompañarse los planes que proyecta ejecutar la fundación durante el primer trienio.

Si el fundador es una persona humana, puede disponer su constitución por acto de última voluntad.

Las promesas de donación, formuladas por sus fundadores en el acto constitutivo, son irrevocables a partir de la resolución de la autoridad de contralor que autorice a la entidad a funcionar como persona jurídica.

El gobierno y administración de las fundaciones está a cargo de un consejo de administración integrado por un mínimo de tres personas humanas que no pueden recibir remuneración por el ejercicio de su cargo.

Todo contrato entre la fundación y los fundadores o sus herederos, con excepción de las donaciones que éstos hagan a aquélla, deberá ser aprobado por la autoridad de contralor, sin esa aprobación resultarán ineficaces de puro derecho.

Las fundaciones deben destinar la mayor parte de sus ingresos al cumplimiento de sus fines, y la acumulación de fondos tendrá como fin la formación de un capital suficiente para el cumplimiento de programas futuros de mayor envergadura relacionados a su objeto.

En caso de disolución de la fundación, el remanente de los bienes se destinará a una entidad de carácter público o a una persona jurídica privada cuyo objeto sea de utilidad pública o de bien común que no tenga fin de lucro y que se encuentre domiciliada en la República.

2.3. Contratos de colaboración empresaria

Provenientes de la ley 19.550 (ahora LGS), se incluyen a partir de la unificación, en el CCyCN. Incluyen a las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias.

2.3.1. Agrupaciones de colaboración

Se trata de contratos contemplados en los arts. 1453 a 1462 CCyCN que establecen una organización común con la finalidad de desarrollar o facilitar determinadas fases de la actividad de sus miembros (que pueden ser personas humanas o jurídicas) o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades.

La agrupación no puede perseguir fines de lucro, y las ventajas económicas que genere su actividad deben recaer directamente en el patrimonio de las partes agrupadas, de lo cual se infiere que su objeto es reducir costos o maximizar beneficios para sus miembros.

El contrato deberá otorgarse por instrumento público o privado con firma certificada por escribano público e inscribirse en el Registro Público correspondiente.

Las resoluciones relativas a la realización del objeto de la agrupación se adoptan por el voto de la mayoría absoluta de sus participantes y su dirección y administración debe estar a cargo de una o más personas humanas designadas en el contrato, o posteriormente por decisión de los participantes.

El fondo común operativo de la agrupación está constituido por las contribuciones de los participantes y los bienes que con ellas se adquieran. Estos bienes permanecerán ajenos a la acción de los acreedores particulares de los participantes y deberán permanecer indivisos durante el plazo de duración del contrato.

En lo relativo a la responsabilidad que sus participantes asumen, con respecto a terceros por las obligaciones que tomen sus representantes en nombre de la agrupación, ésta es ilimitada y solidaria. De todos modos, la acción quedará expedita sólo después de haberse interpelado infructuosamente al administrador de la agrupación.

2.3.2. Uniones transitorias

Es una forma asociativa tratada en los arts. 1463 a 1469, CCyCN, que constituye una extrapolación de la figura de la Unión Transitoria de Empresas (UTE) de la antigua ley 19.550.

Se trata de un contrato para el desarrollo o ejecución de obras, servicios o suministros concretos que pueden ser llevados a cabo dentro o fuera de la República.

El contrato se debe otorgar por instrumento público o privado con firma certificada por escribano público.

El representante tiene los poderes suficientes de todos y cada uno de los miembros para ejercer los derechos y contraer las obligaciones que hacen al desarrollo o ejecución de la obra, servicio o suministro.

Tanto el contrato como la designación del representante deben ser inscriptos en el Registro Público correspondiente.

Salvo pacto en contrario, los acuerdos deben adoptarse por unanimidad.

2.4. Negocio en participación

Regulado en los arts. 1448 a 1452, CCyCN, tiene por objeto la realización de una o más operaciones determinadas, a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del gestor que asume una responsabilidad ilimitada frente a terceros. Carece de denominación y no está sometido a requisitos de forma ni se inscribe en el Registro Público, pudiendo afirmarse que constituye una especie derivada de la anterior sociedad accidental y en participación.

2.5. Consorcio de cooperación

Es un contrato cuyo tratamiento abarca los arts. 1470 a 1478, CCyCN, que tiene por fin el establecimiento de una organización común para facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros a fin de mejorar o acrecentar sus resultados.

Los resultados que genera la actividad desarrollada por el consorcio se distribuirán entre sus miembros en la forma y proporción prevenidas en el contrato; si éste nada dice al respecto, se distribuirán en partes iguales.

A diferencia de la agrupación de colaboración, éste tiene fin de lucro y desarrolla una actividad externa que generará resultados a repartir.

Debe otorgarse por instrumento público o privado con firma certificada notarialmente, e inscribirse juntamente con la designación de sus representantes en el Registro Público que corresponda.

Las resoluciones se adoptan por mayoría absoluta de sus partes, salvo disposición en contrario dispuesta en el contrato de constitución.

El contrato puede establecer la proporción en que cada miembro responde por las obligaciones asumidas en nombre del consorcio, en caso de silencio, todos los miembros son solidariamente responsables.

El representante está obligado a llevar la contabilidad y confeccionar los estados de situación patrimonial.

3. Las asociaciones constituidas bajo la forma de sociedad

La asociación es un ente compuesto por una pluralidad de miembros que deben realizar los aportes necesarios para cumplimentar su fin: dicha entidad carece de ánimo de lucro. Esta falta de propósito de lucro y la ausencia de contribución a las pérdidas las distinguen de las sociedades.

La LGS adopta el criterio de comercialidad formal (art. 1°), por lo que resulta indiferente, a los fines de aplicación de su estatuto, la comercialidad, o no, de la actividad que desarrolle el ente, siempre y cuando cumpla con los requisitos del art. 1°.

El art. 3°, LGS (introducido en la reforma de la ley 22.903), regula, sin embargo, las asociaciones bajo forma de sociedad de la siguiente manera: "Las asociaciones, cualquiera fuere su objeto, que adopten la forma de sociedad bajo alguno de los tipos previstos, quedan sujetas a sus disposiciones".

Se debe entonces distinguir entre forma y sustancia. Sustancialmente se puede diferenciar una sociedad de una asociación, pero el ordenamiento jurídico permite a una asociación, en su "sustancia", vestirse con dos ropajes jurídicos diferentes: uno, el de las asociaciones civiles, y otro, el de una sociedad. La elección de una u otra vestimenta no muta el aspecto sustancial del objeto de la asociación (la finalidad que procura).

Ello ha permitido, por ejemplo, que en el ámbito de clubes, conocidos más tarde como clubes de campo, éstos adoptaran la forma de una sociedad anónima aunque no tuvieran un fin de lucro, posibilitando, de este modo, que en caso de disolución de la entidad, su patrimonio pasase a las manos de los accionistas entregándole un título que le asegurase al socio su parte en la liquidación.

Con ello el legislador da solución a una problemática que en la práctica venía ocurriendo mucho antes de su sanción: es una opción que da el sistema normativo para vestir jurídicamente a la actividad sin fines de lucro o de bien común, que no lesiona ningún interés público ni derechos de terceros.

4. Elementos generales y elementos específicos del acto de constitución de sociedad

En primer término, resulta preciso aclarar que ante la posibilidad de constituir sociedades unipersonales, esto es, la sociedad anónima unipersonal, la Ley General de Sociedades sustituye la acepción "contrato" para referirse únicamente al "acto constitutivo". Así, introduce un cambio de concepción acerca de la naturaleza del acto constitutivo al abandonar aquella que lo circunscribía únicamente al "contrato plurilateral", en el cual se encuentran todos aquellos elementos conocidos como específicos y que en razón de ello no pueden faltar, elementos que la caracterizan y la distinguen de otras formas jurídicas parecidas, los cuales serán desarrollados a partir del punto 5.11. de este capítulo.

Conforme lo dispone la LGS, en su art 6°, el acto constitutivo deberá presentarse en el Registro Público —o en su caso por ante la autoridad de contralor— dentro de los 20 días de su otorgamiento, plazo que podrá prorrogarse por el término de 30 días adicionales cuando resulte excedido por el normal cumplimiento de los procedimientos.

La inscripción solicitada tardíamente, o vencido el plazo complementario, será admisible en tanto no medie oposición de parte interesada.

De todos deberán encontrarse en el instrumento constitutivo los *elementos* que resulten comunes y esenciales a los contratos que se consideran.

4.1. Elementos generales

4.1.1. La capacidad. El consentimiento

El consentimiento, que implica analizar el requisito de la capacidad de las partes.

Así, se requerirá que los socios tengan capacidad de derecho y de ejercicio para contratar y disponer de sus bienes.

Capacidad de derecho es la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos.

Capacidad de ejercicio es la posibilidad que tiene la persona de poder ejercer por sí misma sus derechos.

El contrato de sociedad es consensual, por lo que se perfecciona con el solo consentimiento de las partes.

Al aludir a "consentimiento" se hace referencia a la manifestación de voluntad expresada por quien participe (en el caso de la SAU) o de quienes participen en el acto de constitución de sociedad.

El consentimiento que se debe prestar deberá ser real y efectivo, y carente de vicios, todo ello como condición de validez del instrumento.

En este sentido, es menester recalcar que son anulables los actos jurídicos cuando el consentimiento fuere viciado por error, dolo, violencia, simulación, lesión o fraude.

4.1.1.1. Error

El error, para que el acto sea anulable, debe ser esencial y excusable y puede versar sobre la persona de los socios o sobre el objeto y tipo de sociedad, o sobre el aporte. En ningún caso el error de derecho impedirá los efectos legales del contrato, si éste fuere lícito.

El art. 265 del Código Civil y Comercial de la Nación (1) establece: "El error de hecho esencial vicia la voluntad y causa la nulidad del acto. Si el acto es bilateral o unilateral recepticio, el error debe, además ser reconocible por el destinatario para causar la nulidad".

A su vez, el art. 266, CCyCN, define el error reconocible del siguiente modo: "El error es reconocible cuando el destinatario de la declaración lo pudo reconocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar".

Prosigue el CCyCN enumerando, en su art. 267, supuestos de error esencial: "El error de hecho es esencial cuando recae sobre:

"a) La naturaleza del acto;

"b) un bien o un hecho diverso o de distinta especie que el que se pretendió designar, o una calidad, extensión o suma diversa a la requerida;

"c) la cualidad sustancial del bien que haya sido determinante de la voluntad jurídica según la apreciación común o las circunstancias del caso;

"d) los motivos personales relevantes que hayan sido incorporados expresa o tácitamente;

"e) la persona con la cual se celebró o a la cual se refiere el acto si ella fue determinante para su celebración".

4.1.1.2. Dolo

Respecto del dolo como vicio de la voluntad, para que pueda afectar la validez del acto tiene que haber sido grave; resultar causa determinante del mismo; haber ocasionado un daño importante y no ser recíproco.

De tal modo se encuentra establecido en el art. 271, CCyCN: "Acción dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplea para la celebración de

(1) Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994, prom. 7/10/2014, publ. BO 8/10/2014).

un acto. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se habría realizado sin la reticencia u ocultación”.

4.1.1.3. Violencia

Por su parte, la violencia se vincula a la fuerza y a la intimidación. La fuerza debe ser irresistible y la intimidación debe materializarse en amenazas que infundan el temor de sufrir un mal grave e inminente en la persona o bienes de la parte o de un tercero. El art. 276, CCyCN, dispone: “La fuerza irresistible y las amenazas que generan el temor de sufrir un mal grave e inminente que no se puedan contrarrestar o evitar en la persona o bienes de la parte o de un tercero, causan la nulidad del acto. La relevancia de las amenazas debe ser juzgada teniendo en cuenta la situación del amenazado y las demás circunstancias del caso”.

4.1.1.4. Lesión

Con referencia a la lesión como vicio del acto jurídico, el art. 332, CCyCN, instituye: “Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviere por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y si justificación.

“Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

“Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo el acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda.

“El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda.

“Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción”.

4.1.1.5. Simulación

La simulación es tratada seguidamente por el art. 333, CCyCN, del siguiente modo: “*Caracterización*. La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten”.

Resulta preciso destacar, con respecto a la simulación, que ésta no siempre es ilícita, ya que se puede estar ante un acto simulado que encubra otro real, no sea ilícito y por lo tanto no perjudique a un tercero.

La constatación de la existencia de la simulación no borra la actuación de la sociedad ni tiene efectos sobre los derechos adquiridos por los acreedores sociales.

En el ámbito de las sociedades se dan situaciones en las cuales, no siempre con el ánimo de perjudicar a un tercero, se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no resultan en definitiva aquellas para las que en realidad se constituyen o transmiten, tal el caso del socio aparente.

El socio aparente es responsable por las obligaciones sociales como si fuese socio y el socio oculto será responsable en forma ilimitada y solidaria, así, el art. 34, LGS, trata estos dos supuestos de la siguiente forma:

“*Socio aparente*

“Art. 34.— El que prestare su nombre como socio no será reputado como tal respecto de los verdaderos socios, tenga o no parte en la ganancias de la sociedad; pero con relación a terceros, será considerado con las obligaciones y responsabilidades de un socio, salvo su acción contra los socios para ser indemnizado de lo que pagare.

“*Socio oculto*

“La responsabilidad del socio oculto es ilimitada y solidaria en la forma establecida en el artículo 125”.

El referido art. 125 caracteriza a la sociedad colectiva enunciando que los socios contraen responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria por las obligaciones sociales.

4.1.1.6. Fraude

Por su parte, el fraude se encuentra caracterizado y sus requisitos detallados, en los arts. 338 y 339, respectivamente del CCyCN:

“*Fraude*

“Art. 338.— *Declaración de inoponibilidad*. Todo acreedor puede solicitar la declaración de inoponibilidad de los actos celebrados por su deudor en fraude de sus derechos, y de las renuncias al ejercicio de derechos o facultades con los que hubiese podido mejorar o evitando empeorar su estado de fortuna”.

“Art. 339.— *Requisitos*. Son requisitos de procedencia de la acción de declaración de inoponibilidad:

“a) que el crédito sea de causa anterior al acto impugnado, excepto que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores;

“b) que el acto haya causado o agravado la insolvencia del deudor;

"c) que quien contrató con el deudor a título oneroso haya conocido o debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia".

Para que el fraude haga que sea procedente la declaración de inoponibilidad, es preciso:

a) que el crédito sea de causa anterior al acto impugnado;

b) que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores, con lo que en este supuesto no se exige el requisito señalado en a);

c) un estado de insolvencia del deudor;

d) que el acto haya causado o tan solo agravado la insolvencia del deudor y;

e) que el tercero, con quien haya contratado dicho deudor, haya sido cómplice en el fraude o al menos negligente con respecto a su conocimiento.

En virtud de la incorporación de la SAU, el art. 16 de la LGS incluye a la nulidad o anulación del vínculo del socio único como causal de nulidad, anulación o resolución del contrato, estableciendo con respecto al régimen de nulidad, el siguiente principio general:

"*Principio general*

"Art. 16.— La nulidad o anulación que afecte el vínculo de alguno de los socios no producirá la nulidad, anulación o resolución del contrato, excepto que la participación o la prestación de ese socio deba considerarse esencial, habida cuenta de las circunstancias o que se trate de socio único

"Si se trata de sociedad en comandita simple o por acciones, o de sociedad de capital e industria, el vicio de la voluntad del único socio de una de la categorías de socios hace anulable el contrato".

Va de suyo que, declarándose la nulidad, se impone la consecuente liquidación de la sociedad.

4.1.1.7. Asentimiento conyugal

El asentimiento conyugal es una declaración de voluntad unilateral y autónoma que tiene por finalidad complementar la voluntad del cónyuge titular, cumpliendo así el requisito que la ley exige para disponer de bienes inmuebles, muebles y derechos registrables.

El art. 456, CCyCN, enumera los actos que requieren asentimiento y las facultades que tiene el cónyuge que no ha dado su asentimiento.

"Art. 456.— *Actos que requieren asentimiento*. Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del

acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial.

"La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro".

Al referirse este artículo a "los derechos sobre la vivienda familiar" quedan comprendidos actos tales como dar en locación, sublocación, comodato, etcétera.

Para que se torne operativa la protección es indiferente el título por el cual la familia ocupa el inmueble destinado a vivienda familiar, es decir, que resulta irrelevante que se trate de propiedad o locación, por lo que también resultan indisponibles en forma unilateral por uno de los cónyuges los derechos derivados de la locación tales como rescindir el contrato, cederlo en los casos en que le sea permitido, etcétera.

El CCyCN coloca en un lugar de privilegio a la vivienda familiar, protegiendo no sólo al dueño, sino también a su cónyuge y a los que vivan en ella.

El cónyuge no convocado a prestar el asentimiento está legitimado para impetrar la acción de nulidad correspondiente, no obstante ello, el acto podrá ser confirmado y producir sus efectos normales.

A través de la disposición del art. 457, CCyCN, se prohíbe prestar asentimientos generales anticipados, ya que el mismo deberá versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos, entendiéndose de ese modo que el cónyuge deberá otorgar su asentimiento con respecto a un acto cuyas características conoce.

"Art. 457.— *Requisitos del asentimiento.* En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos".

Es de destacar que la vivienda familiar es protegida desde el comienzo del matrimonio, aunque no haya descendientes, y no puede ser ejecutada por deudas generadas con posterioridad a la celebración del matrimonio, a menos que la obligación haya sido contraída por uno de los cónyuges con el asentimiento del otro, o bien, que haya sido contraída por ambos.

El art. 458, CCyCN, contempla la venia judicial, previéndola no sólo para el caso de negativa sin justa causa, sino también para casos de ausencia del cónyuge, incapacidad o capacidad restringida de expresar su voluntad.

"Art. 458.— *Autorización judicial.* Uno de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a otorgar un acto que requiera el asentimiento del otro, si éste está ausente, es persona incapaz, está transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa no está justificada por el interés de la

familia. El acto otorgado con autorización judicial es oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento se lo otorgó, pero de él no deriva ninguna obligación personal a su cargo".

Las disposiciones de este instituto no permiten que un cónyuge se dé a sí mismo el asentimiento por vía de mandato, de modo tal que el poder para otorgar el asentimiento debe ser especial, reunir los requisitos establecidos en el art. 457, CCyCN, y deberá ser otorgado a un tercero y nunca a favor del cónyuge disponente.

4.1.1.8. La causa

La causa de un contrato es considerada como su finalidad, en el sentido de que un sujeto utiliza un acto jurídico en tanto y en cuanto busca obtener de él un determinado efecto que deberá satisfacer su necesidad e interés.

Debatido en doctrina, si debía incluirse dentro de los elementos generales o de los elementos específicos del acto de constitución de sociedad, de acuerdo con lo que surge del art. 1°, LGS, en cuanto a la participación en las ganancias y soportación de las pérdidas, convierte a la causa en elemento esencial y caracterizante de la sociedad, tanto es así que el art. 13, LGS, castiga cualquier estipulación en sentido contrario.

4.1.1.9. El objeto

El objeto está constituido por la actividad específica que la sociedad se propone realizar para que los socios logren el fin que se han propuesto.

El objeto debe ser preciso y determinado, así lo dispone el art. 11, inc. 3°, LGS.

La importancia de estos requisitos está dada por el hecho de que la ley atribuye, y por ende, obliga a la sociedad por los actos sociales llevados a cabo por sus representantes que no sean notoriamente extraños al objeto social (art. 58, LGS).

El objeto debe ser posible y lícito. Las sociedades que tengan un objeto ilícito son nulas de nulidad absoluta, prescripción que establece el art. 18, LGS.

En el caso de sociedad con objeto lícito, que realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución y posterior liquidación a pedido de parte o de oficio (art. 19, LGS).

Las sociedades que tengan un objeto prohibido en razón del tipo, serán nulas de nulidad absoluta (art. 20, LGS). Este supuesto refiere a las sociedades que realizan actividades como las que desarrollan los bancos, entidades, financieras o compañías de seguros, en cuyo caso la ley exige la adopción de un tipo societario en particular, por lo que en el caso que cualquier otra sociedad de tipo distinto al indicado realice dicha actividad, se la declarará nula de nulidad absoluta.

4.1.1.10. La forma

El principio general imperante en nuestra legislación, con respecto a las formas, es el de la libertad. El art. 284 del CCyCN consagra este principio enunciando que si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes podrán utilizar la que estimen conveniente, permitiendo asimismo, la adopción de una forma más exigente que la impuesta por la ley.

Sin perjuicio de ello, algunos tipos societarios requieren para su constitución de la adopción de formas determinadas.

El art. 4°, LGS, prescribe: "El contrato por el cual se constituya o modifique una sociedad, se otorgará por instrumento público o privado".

Conforme a lo dispuesto por el art. 5°, LGS, el acto constitutivo, su modificación y el reglamento, si lo hubiese, se inscribirán el Registro Público del domicilio social y en el Registro que corresponda al asiento de cada sucursal, incluyendo la dirección donde se instalan, a los fines del art. 11, inc. 2°. La inscripción se dispondrá previa ratificación de los otorgantes, excepto cuando se extienda por instrumento público o las firmas sean autenticadas por escribano público u otro funcionario competente.

En la documentación que emane de la sociedad deberá consignarse la dirección de su sede y los datos identificatorios de su inscripción registral.

Independientemente de las cláusulas que necesariamente debe contener el acto de constitución de la sociedad, otro tipo de estipulaciones podrían ser incluidas, las cuales son consideradas nulas conforme a lo dispuesto por el art. 13 de la LGS. Se remite, a este respecto, a lo tratado en el capítulo VI.

4.1.1.11. Elementos específicos del acto de constitución de sociedad

Los elementos específicos del acto de constitución de la sociedad son elementos esenciales de características muy especiales, que se encuentran mencionados en el art. 1°, LGS. Éstos caracterizan a la sociedad, hacen a su esencia y la distinguen sustancialmente de figuras que pueden resultar parecidas.

a) Obligación de efectuar aportes para la formación del patrimonio social

El aporte permite la constitución de un fondo común, de un patrimonio que resulta imprescindible para cumplir con el objeto de la sociedad.

Esta exigencia de efectuar aportes por parte de los socios es un elemento esencial para la vida de la sociedad y se encuentra contenida en el art. 1°, LGS, al indicar que el o los socios "...se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios...".

El aporte es la obligación de entregar a la sociedad un bien, comprendiendo tanto la ejecución de toda clase de prestación, como la de entregar un bien que tenga un valor de uso o de cambio, y cualquier derecho, ya sea de propiedad, de usufructo, de uso y goce, etcétera.

No se impone como aporte determinado tipo de prestaciones: su elevada queda librada a los socios, salvo lo establecido para ciertos tipos societarios como las sociedades en comandita, de responsabilidad limitada y anónimas.

La LGS distingue los bienes susceptibles de aporte según se trate de socios que asuman una responsabilidad ilimitada y solidaria por el resultado de las operaciones de la sociedad de aquellos cuya responsabilidad se encuentra limitada.

En efecto, el art. 39, LGS, establece:

"*Determinación del aporte*

"Art. 39.— En las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones, el aporte debe ser de bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada".

Esta norma debe ser complementada, en materia de sociedades en comandita, por el art. 135, LGS, que establece que el capital comanditario se integra solamente con obligaciones de dar, y por el art. 187, LGS, que en relación a los aportes no dinerarios en las sociedades anónimas dispone que los mismos deben integrarse totalmente y sólo pueden consistir en obligaciones de dar.

El aporte efectuado por cada socio es a favor de la sociedad y no de sus consocios individualmente, de ahí que la sociedad sea la acreedora de las prestaciones comprometidas y tenga la posibilidad de excluir al socio moroso(2).

Del mismo modo, será la propia sociedad quien se encuentra legitimada para reclamar la integración correspondiente.

El conjunto de las aportaciones integran el fondo común operativo de la sociedad que constituye el medio necesario para posibilitar su desenvolvimiento, el valor del conjunto de dichos aportes conforman el capital social.

Con respecto al aporte de bienes registrables, éstos serán inscriptos a nombre de la sociedad regularmente constituida en los registros respectivos.

Las sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II (que trata las sociedades en particular), también pueden adquirir bienes registrables acreditando, en primer término, su existencia y las facultades de su representante ante el Registro por un acto de reconocimiento de todos quienes

(2) Zaldívar, Enrique - Manóvil, Rafael M. - Ragazzi, Guillermo E. - Rovira, Alfredo L. - San Millán, Carlos, *Cuadernos de Derecho Societario*, Abeledo-Perrot, vol. I, p. 75.

afirman ser socios. Este acto debe ser instrumentado en escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano. El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad (art. 23, 3er párr., LGS).

Es preciso destacar que la existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba (art. 23, 4° párr., LGS).

El socio debe realizar el aporte en distintas épocas según el tipo societario de que se trate.

En las sociedades colectivas, en comandita simple y de capital e industria, el socio debe realizar el aporte en el plazo que se hubiere fijado en el contrato o, en su defecto, el aporte se hará exigible desde que la sociedad haya sido inscripta.

En las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas (salvo en la SAU, donde el aporte debe ser integrado totalmente en el acto de suscripción del contrato, art. 187, LGS) el plazo para efectuar e aporte dependerá del tipo de aporte de que trate: si fuere en dinero, deberá integrarse un 25 % como mínimo al momento de la suscripción del capital, debiendo completarse el saldo en un plazo máximo de dos años. En el caso de aportes no dinerarios, se efectivizarán en su totalidad, debiendo tratarse de bienes otorgados en propiedad a la sociedad y susceptibles de ejecución forzada por los acreedores sociales.

Con lo expuesto, queda claro que en las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas, no se admiten los aportes de uso y goce.

Debe consignarse en el acto de constitución de la sociedad el aporte que corresponda a cada socio, toda vez que su determinación resulta fundamental a los fines de fijar el capital social; en caso de silencio del acto de constitución al respecto, determina la proporción en que han de distribuirse las utilidades y soportar las pérdidas, y por último, establece la parte de cada uno de los socios en la liquidación

b) Participación en las utilidades y soportación de las pérdidas

Este elemento se encuentra en el art. 1°, LGS, al consignar: "...participando de los beneficios y soportando las pérdidas...".

El concepto de utilidad que la ley asimila a beneficio tiene un significado más amplio que el de lucro o utilidad apreciable en dinero.

La LGS establece que el instrumento de constitución debe contener las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas, incluyendo, asimismo, una norma general que subsana eventuales omisiones del contrato.

"Contenido del instrumento constitutivo

"Art. 11.— El instrumento constitutivo debe contener, sin perjuicio de lo establecido para ciertos tipos de sociedad:

"...7) las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas. En caso de silencio, será en proporción a los aportes. Si se prevé solo la forma de distribución de utilidades, se aplicará para soportar las pérdidas y viceversa...".

El término "soportación" referido a las pérdidas se encuentra directamente vinculado al alea de los negocios sociales, es decir, que los socios concurren a formar una sociedad sabiendo deberá compartir las pérdidas que pudieran resultar de su actividad.

Esta "soportación" de las pérdidas no implica que el socio deba reintegrar ni aumentar su aporte

c) El affectio societatis

Este concepto no es mencionado expresamente por la LGS, surge de una dilatada labor doctrinaria y jurisprudencial.

Se entiende como la voluntad de asociarse, un sentido de colaboración en la empresa común renunciando a los intereses personales en beneficio, precisamente, de los intereses de la sociedad.

Este elemento se encuentra con mayor o menor intensidad según el tipo societario y su envergadura.

d) La organización

El acto de constitución de sociedad debe contener las bases de organización para su funcionamiento, conforme lo dispone el art. 1°, LGS, al disponer que "Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada...".

Este concepto en forma genérica implica la existencia de una estructura básica y un orden preestablecido para el logro del fin propuesto.

Con respecto a las sociedades y a su actividad, lo primero que pone en evidencia es la noción de empresa en cuanto organización de bienes y servicios.

De todos modos, es preciso señalar que este concepto de empresa es principalmente económico, y si bien ésta subyace en el enunciado del art. 1°, LGS, la exigencia a la que refiere el mismo es la de una organización jurídica.

Es la necesidad de dotar a la sociedad de los mecanismos necesarios para su buen funcionamiento, tanto con respecto a la relación interna entre sus miembros, como a la expresión de voluntad frente a terceros con quienes interactuará.

Estos conceptos implican, por una parte, el establecimiento de un orden para regular las relaciones entre los socios, y entre éstos y la sociedad, relaciones que se establecen dentro de la estructura, y por la otra, dotar a la sociedad de un modo de expresar su voluntad.

Las funciones necesarias que implican esta organización pueden resumirse entonces en:

i) Administración. Al comenzar la actividad, para cumplir con el objeto, los bienes comenzarán a ser utilizados, se fijarán relaciones con terceros y, al cabo de un tiempo, aparecerán los frutos de la actividad, eventualmente habrá ganancias para distribuir, se adquirirán bienes, se enajenarán otros, etc. Esta función debe ser realizada por una o varias personas que al actuar en el ejercicio de sus cargos no lo hacen para sí ni por sí, sino como integrantes del órgano que componen y con la finalidad de cumplir esa función necesaria para la sociedad.

ii) Representación. La actividad social requiere trascender el ámbito interno y entrar en contacto con el mundo jurídico exterior. Esto implica contratar con terceros respecto de los cuales se adquieren derechos y contraen obligaciones. Será necesario entonces que se designen una o varias personas para que representen frente a terceros a la sociedad, que exista quien esté facultado para que en determinadas condiciones se pueda afirmar que su actuación implique que sea la sociedad la que actuó.

iii) Gobierno. Es la función que consiste en fijar las grandes pautas o políticas a las que se ajustará la administración. Esta función será ejercida por un órgano especial que variará de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate y cuya composición deberá reflejar siempre la más completa representatividad de los socios. De él se deriva la integración de los demás órganos y sus funciones están limitadas por la ley y por el acto de constitución, a igual modo que las de los demás órganos.

iv) Fiscalización. Los socios confían el patrimonio social y su gestión al órgano de administración y se apartan, así, de la gestión directa de los negocios, por lo que si bien tienen el poder de aprobar o desaprobar la gestión de los administradores, pierden la posibilidad de fiscalizar en forma constante los actos y las operaciones relativas a la administración que se realizan día a día. Esta fiscalización es ejercida en interés de los socios e implica realizar un control de forma o de legalidad, es decir, establecer si los órganos de administración, representación y de gobierno actúan conforme a lo regulado por la ley, el estatuto y el acto constitutivo.

e) Tipicidad

La existencia de un sistema cerrado de tipicidad responde a normas de orden público, el fundamento se puede encontrar en la necesidad de brindar seguridad jurídica a los socios a través de normas de organización claras, como también, a la protección de los terceros contratantes.

El art. 1°, LGS, configura la existencia de la sociedad cuando se adopta uno de los tipos previstos. Sin embargo, la violación al régimen de tipicidad no ocasionará la nulidad de la sociedad, conforme a lo establecido en el artículo 17, LGS, que expresamente reza:

"Las sociedades previstas en el Capítulo II de esta ley no pueden omitir requisitos esenciales tipificantes ni comprender elementos incompatibles con el tipo social.

"En caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo".

Este artículo se aplica a todas las sociedades que, al constituirse, no adoptaran alguno de los tipos previstos en el Capítulo II o, que de hacerlo, o bien omitan requisitos esenciales tipificantes, o bien incluyan elementos incompatibles con el tipo legal adoptado.

En cualquiera de estos supuestos la sociedad constituida no producirá los efectos propios del tipo, sino que se regirá por las disposiciones de la sección IV.

Los tipos existentes en la ley pueden clasificarse en:

i) Sociedades de personas o por partes de interés: Pertenecen a este grupo la sociedad colectiva, la de capital e industria y la sociedad en comandita simple. En este tipo de sociedades las condiciones personales del socio adquieren singular importancia en razón del régimen de responsabilidad por las obligaciones sociales que éstos asumen. En el caso de la sociedad colectiva, la responsabilidad es subsidiaria, ilimitada y solidaria, no pudiendo los socios pactar en sentido contrario. La sociedad en comandita simple tiene dos tipos de socios, comanditados y comanditarios. Los socios comanditados asumen una responsabilidad idéntica a la de los socios de la sociedad colectiva y, los socios comanditarios, limitan su responsabilidad al aporte comprometido. La sociedad de capital industria también tiene dos tipos de socios, el capitalista, que asume la misma responsabilidad que los socios de la sociedad colectiva, y el socio industrial, que aporta su industria y limita su responsabilidad a las ganancias no percibidas.

ii) Sociedades de responsabilidad limitada: En este tipo societario su capital se divide en cuotas y los socios limitan su responsabilidad a la integración de las que suscriban o adquieran que no pueden exceder de cincuenta.

iii) Sociedades por acciones: Se denominan de este modo, porque su capital se divide en acciones, siendo su característica fundamental el capital aportado, evanesciéndose en principio las características personales de los que efectuaron los aportes. Forman parte de este grupo las sociedades anónimas y las sociedades en comandita por acciones. En las sociedades en comandita por acciones es el capital comanditario el que se encuentra dividido en acciones y los socios comanditarios limitan su responsabilidad al aporte de capital comprometido.

5. La llamada "empresa familiar": características

Se considera que una empresa es familiar cuando los integrantes de una misma familia dirigen, controlan y son propietarios de una empresa, la que constituye su medio de vida, situación que se quiere mantener para el futuro. En este tipo de empresa se produce una identificación, y muchas veces una confusión entre empresa y familia. Las empresas familiares tienen una gran importancia en la economía no sólo de nuestro país, sino del mundo. Presenta características positivas que la distinguen y potencian con respecto a las que no detentan esta composición, como el sentido pertenencia, la comunicación directa, el conocimiento entre sus miembros, la historia empresaria y familiar y el deseo de perpetuar la empresa para que constituya el medio de vida de las futuras generaciones. No obstante ello, también manifiesta ciertas dificultades, como las derivadas de la confusión y falta de límites entre empresa y familia, la informalidad, la falta de profesionalización que se revela en la reticencia a contratar *management* profesional, la poca diferenciación entre los recursos de la familia y la empresa, un estilo de conducción personalista basado en la portación del apellido de la familia, o el vínculo familiar-político con alguno de sus dueños y la falta de planificación de la sucesión familiar.

El sistema legal argentino no tiene normas específicas que creen un marco legislativo adecuado para las empresas familiares, es más, no incluye una legislación especial en materia de empresa familiar, no obstante ello, existen prescripciones en materia de contratos, sociedades, derecho de familia y sucesiones que coadyuvan al mejor funcionamiento y permanencia en el tiempo de estas empresas.

Así el art. 1010, CCyCN, en lo que constituye una excepción a la prohibición general de formular pactos sobre herencias futuras, establece mecanismos que facilitan la sucesión en la empresa familiar permitiendo elegir a los herederos, a quienes se transmitirá, siempre y cuando no se afecte la legítima, los derechos del cónyuge ni de terceros.

"Art. 1010.— *Herencia futura*. La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa.

"Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresaria o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones a favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros".

5.1. Protocolo de la empresa familiar

El protocolo de la empresa familiar es un acuerdo marco de las relaciones de familia, propiedad y empresa, que cobra valor legal entre las partes, se torna obligatorio para los herederos y oponible hacia terceros, a partir de la vigencia del CCyCN, siempre y cuando se les agregue un pacto de socios para que constituya un contrato de valor legal.

En primer lugar, por lo dispuesto en el mencionado art. 1010, al referirse a "Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de gestión empresaria o a la prevención o solución de conflictos...".

En segundo lugar, por lo dispuesto con respecto a la sociedades informales en el art. 22, CCyCN, que permite que el contrato social pueda ser invocado entre los socios y oponible frente a terceros si se prueba que lo conocieron efectivamente al momento de contratar.

Por último, el art. 1024, CCyCN, prescribe la extensión activa y pasiva de los efectos del contrato a los sucesores universales, a no ser que las obligaciones que de él nazcan sean inherentes a la persona, o que la transmisión sea incompatible con la naturaleza de la obligación, esté prohibida por una cláusula del contrato o la ley, lo que parecería poder oponer los efectos del protocolo de la empresa familiar a los herederos.

5.2. Prescripciones de derecho de familia que contribuyen a la supervivencia de las empresas familiares

Muchos de los conflictos que se suscitan en las empresas familiares tienen su origen en el fallecimiento del cónyuge familiar y en los divorcios.

La excepción al régimen general patrimonial matrimonial de comunidad de ganancias, que posibilita a los cónyuges optar por un régimen de separación de bienes que instituye el CCyCN, a partir del art. 505, evita gran parte de los conflictos mencionados *supra* al incluirse esta opción en el protocolo como obligatoria para los integrantes de la familia.

De ese modo, podrá impedirse "...que el cónyuge no familiar que se divorcie pueda ingresar como socio, recibir acciones o tener derechos patrimoniales contra la empresa familiar...". "Asimismo, en caso de fallecimiento del cónyuge familiar, el no familiar no recibirá nada como socio de la sociedad conyugal, sin perjuicio de que recibirá de los bienes propios una parte igual a la de sus hijos..." (3).

También, este régimen de separación de bienes al que pueden optar los cónyuges por convención matrimonial previa, en el acta de matrimonio, o por

(3) Favier Dubois (h), Eduardo M., "La empresa familiar frente al nuevo Código Civil y Comercial", DSE, 21/11/2014, Errepar.

convención modificatoria, transcurrido un año de celebrado el matrimonio, permite a los cónyuges celebrar cualquier tipo de contratos entre sí, lo que puede dar lugar a compensaciones que salvaguarden la empresa familiar.

Del presente análisis se concluye que, si bien el CCyCN no regula expresamente la empresa familiar, contiene una serie de normas que en forma indirecta propician mecanismos de desarrollo y sustentabilidad de la misma.

6. La sociedad socia; las participaciones sociales

6.1. La sociedad socia

"*Sociedad socia*

"Art. 30.— Las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo pueden formar parte de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. Podrán ser parte de cualquier contrato asociativo".

Si bien las sociedades anónimas y en comandita por acciones encuentran una limitación en su capacidad de derecho en el art. 30, LGS, al permitírseles formar parte solamente de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, a partir de la reforma se amplían considerablemente sus facultades al permitírseles también ser parte de cualquier contrato asociativo. Sobre esto se volverá en el capítulo IX.

6.2. Las participaciones sociales

6.2.1. Participaciones en otra sociedad

La tenencia de participaciones de una sociedad en otra genera la formación de los llamados *holdings*, que no quiere significar otra cosa que sociedad que posee participación, o sociedad que tiene acciones, de otras sociedades.

Hay "*holdings* puros", en cuyo caso el objeto de la sociedad es exclusivamente la inversión y, "*holdings* impuros", en cuyo caso hay una sociedad que participa en otra, pero con el fin de cumplir su propio objeto social.

Las sociedades encuentran limitaciones con respecto a la participación que puedan tener en otra sociedad.

El art. 31, LGS, sanciona con la pérdida del derecho de voto y a las utilidades que correspondan a esas participaciones en exceso a la limitación fijada.

Sin embargo, las mencionadas participaciones, en exceso de los límites fijados por este artículo, son permitidas cuando se trate de entidades reguladas por la ley 18.061, es decir, cuando se trate de sociedades cuyo objeto social sea exclusivamente financiero o de inversión.

Por otra parte, es preciso destacar que el Poder Ejecutivo Nacional tiene la facultad de autorizar, en casos concretos, el apartamiento de los límites previstos.

Este artículo encuentra su fundamento en el hecho de que, conforme a la exposición de motivos "...el objeto social constituye el medio convenido para lograr el cumplimiento de las actividades económicas a que el ente está destinado".

"*Participaciones en otra sociedad: limitaciones*

"Art. 31.— Ninguna sociedad, excepto aquellas cuyo objeto sea exclusivamente financiero o de inversión, puede tomar o mantener participación en otra u otras sociedades por un monto superior a sus reservas libres y a la mitad de su capital y de las reservas legales. Se exceptúa el caso en que el exceso en la participación resultare del pago de dividendos en acciones o por la capitalización de reservas.

"Quedan excluidas de estas limitaciones las entidades reguladas por la ley 18.061. El Poder Ejecutivo Nacional podrá autorizar en casos concretos el apartamiento de los límites previstos.

"Las participaciones, sea en partes de interés, cuotas o acciones, que excedan de dicho monto deberán ser enajenadas dentro de los seis meses siguientes a la fecha de aprobación del balance general del que resulte que el límite ha sido superado.

"Esta constatación deberá ser comunicada a la sociedad participada dentro del plazo de diez días de la aprobación del referido balance general. El incumplimiento en la enajenación del excedente produce la pérdida de los derechos de voto y a las utilidades que correspondan a esas participaciones en exceso hasta que se cumpla con ella".

6.2.2. Participaciones recíprocas

Otra limitación a la capacidad de derecho de las sociedades está dada por las denominadas "participaciones recíprocas". Es el caso de dos sociedades que son socias entre sí. El fundamento de esta limitación es impedir el aguamiento del capital de las sociedades mediante aportes ficticios, ya que, a través de la apariencia de supuestas inversiones recíprocas, se tejería un entramado contable tal que, en definitiva, ocultaría la inexistencia de aportes.

El art. 32, LGS, sanciona con la nulidad, tanto a la constitución de sociedades como al aumento de su capital mediante participaciones recíprocas. La esencia de esta prohibición tiene su fundamento en la protección del capital social como prenda común de los acreedores, impidiendo que se formalicen incrementos ficticios a través de participaciones cruzadas de sociedades que, en definitiva, resultan socias una de otra.

La norma propicia la regularización de esta situación a través de la reducción de ese capital indebidamente integrado dentro del término de tres meses, en caso contrario, la sociedad quedará disuelta de puro derecho.

También se fija un límite con respecto a la participación de una sociedad controlada en una controlante o en sociedad controlada por ésta, que no puede superar el monto de sus reservas, excluida la legal.

"Participaciones recíprocas: nulidad

"Art. 32.— Es nula la constitución de sociedades o el aumento de su capital mediante participaciones recíprocas, aun por persona interpuesta. La infracción a esta prohibición hará responsables en forma ilimitada y solidaria a los fundadores, administradores, directores y síndicos. Dentro del término de tres meses deberá procederse a la reducción del capital indebidamente integrado, quedando la sociedad en caso contrario, disuelta de pleno derecho.

"Tampoco puede una sociedad controlada participar en la controlante ni en sociedad controlada por ésta por un monto superior, según balance, al de sus reservas, excluida la legal.

"Las partes de interés, cuotas o acciones que excedan los límites fijados deberán ser enajenadas dentro de los seis meses siguientes a la fecha de aprobación del balance del que resulte la infracción. El incumplimiento será sancionado conforme el artículo 31".

6.2.3. Sociedades controlantes y controladas

Esta relación entre sociedades controlantes y controladas importa una forma de subordinación de modo tal que la participación deviene en el control de una sociedad por otra.

Así, se considerarán sociedades controladas aquellas en las que otra sociedad por sí o través de una tercera, a su vez también controlada, posea participación por cualquier título que le otorgue los votos necesarios para formar o dominar la voluntad social, es decir, que la controlante posee el poder de decisión o poder jurídico interno de la controlada.

También se trata el caso en que este poder de una sociedad controlante sobre la controlada, ya no deriva del control de la voluntad social por parte de la controlante, sino que el control deriva de una dependencia económica o influencia dominante generada por una vinculación contractual.

Ambos supuestos están tratados en el art. 33, LGS, así como, el caso de las sociedades vinculadas en razón de la participación de una en el capital de la otra, distinguiendo según esta participación sea en más del 10 % o, en más del 25 % del capital de la otra, en cuyo caso, deberá comunicárselo a fin de que la próxima asamblea ordinaria tome conocimiento de tal circunstancia.

"*Sociedades controladas*

"*Art. 33.*— Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada:

"1) Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias;

"2) Ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades".

"*Sociedades vinculadas*

"Se consideran sociedades vinculadas, a los efectos de la Sección IX de este Capítulo, cuando una participe en más del 10 % (diez por ciento) del capital de la otra.

"La sociedad que participe en más del 25 % (veinticinco por ciento) del capital de la otra, deberá comunicárselo a fin de que su próxima asamblea ordinaria tome conocimiento del hecho".

Síntesis

El presente capítulo aborda temas estructurales para el estudio de la materia, tales como la sociedad, su naturaleza y sus elementos.

Para su mejor comprensión, estos "grandes temas" deben estudiarse y analizarse en forma sistemática y a partir de la vinculación que se genera entre cada uno de ellos a medida que se avanza en su análisis.

La recomendación se formula toda vez que los conceptos e institutos que lo integran estructuran un andamiaje lógico de elementos que, abordados en su totalidad, posibilitan su más sencilla comprensión.

Es por ello que resulta necesario advertir que no se puede considerar el régimen societario en forma aislada prescindiendo de las previsiones contenidas en materia de personas jurídicas en el Código Civil y Comercial de la Nación.

La sociedad se analiza desde su aparición en la historia a partir de las necesidades del tráfico mercantil, hasta llegar al desarrollo de su más moderno concepto receptado por la Ley General de Sociedades.

Se aborda el tema con una mirada realista, de modo de advertir también al lector acerca de los inconvenientes que puede generar en el mundo económico y jurídico la utilización inapropiada de este valioso instrumento.

Para su mayor comprensión, y con el fin de delimitar su marco legal, se realiza una comparación exhaustiva de la sociedad con otras figuras jurídi-

cas de forma asociativa, tales como las asociaciones civiles, las fundaciones, las agrupaciones de colaboración, las uniones transitorias, los negocios en participación y los consorcios de cooperación, detallando las características y particularidades de cada uno de ellos.

Seguidamente, se tratan las asociaciones constituidas bajo la forma de sociedad comercial del art. 3° de la Ley General de Sociedades, norma que recepta una solución legal que, con un sentido puramente pragmático, permite a las asociaciones que adopten la forma de sociedad bajo alguno de los tipos previstos, quedar sujetas a sus disposiciones. De este modo, se atiende del modo más conveniente a situaciones que no se pueden ignorar y que se han verificado en los hechos a lo largo del tiempo.

A partir de allí, se desarrollan los elementos generales del acto de constitución de sociedad, con especial énfasis en la capacidad y el consentimiento, comenzando un largo recorrido por los vicios que pueden afectarlo.

Así, el error, dolo, violencia, lesión, simulación y fraude son objeto de análisis dentro del fenómeno societario.

Más adelante, las figuras del socio aparente y del socio oculto aparecen como excluyentes referencias de una realidad que, si se quiere, aunque en muchos casos pueda tildársela de anómala, no se encuentra divorciada de la norma que la contempla.

El asentimiento conyugal es, a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, objeto de singular análisis.

Se destaca que su tratamiento representa un encomiable esfuerzo por proteger la vivienda familiar a través de un régimen sustancial que la coloca en un lugar de privilegio, protegiendo no sólo al dueño, sino también al cónyuge y a las demás personas que vivan en ella.

A continuación, los elementos específicos del acto de constitución de sociedad son observados bajo el prisma de los cambios habidos en materia societaria a partir de la Ley General de Sociedades.

Se pone especial atención tanto en cuestiones relativas a participación en los beneficios, contribución a las pérdidas, organización y tipicidad, como así también, en aquellas que hacen a la integración del ente, fundamentalmente a partir de la recepción en nuestra legislación de la sociedad anónima unipersonal, que rescata más la organización de patrimonios con emprendimientos empresarios, que las consecuencias de obtener la limitación de la personalidad personal.

Un apartado especial mereció la llamada “empresa familiar”, que si bien no se encuentra legislada específicamente y ni siquiera tiene una definición legal, a partir de diversas normas contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación y en la Ley General de Sociedades relativas a contratos, sociedades, derecho de familia y sucesiones, parece encontrar valiosas he-

rramientas, tanto para su mejor funcionamiento como para propender a su continuidad.

El análisis de las vinculaciones y participaciones societarias a través de vínculos de capital, y el examen de mecanismos contables y extracontables que permiten incrementos —en muchos casos virtuales— de dichos capitales, constituyó el último punto de estudio del presente capítulo.

Capítulo VI

Elementos específicos. Personalidad

Por Julio César García Villalonga (1)

Sumario: 1. Unipersonalidad y pluralidad. La limitación de la responsabilidad.— 2. El empresario individual. Distintas soluciones.— 3. La sociedad de un solo socio.— 4. Organización. Tipicidad. Cláusulas tipificantes y no tipificantes. 4.1. Organización. 4.2. Tipicidad. 4.3. Cláusulas tipificantes y no tipificantes.— 5. Estipulaciones necesarias del contrato de sociedad. Estipulaciones nulas. La *affectio societatis*. 5.1. Estipulaciones necesarias del contrato societario: su contenido conforme lo establece el art. 11, LGS. 5.2. Estipulaciones nulas. 5.3. La *affectio societatis*.— 6. Domicilio y sede social. Denominación y razón social. Nombre comercial: concepto y amparo legal. Plazo de duración de la sociedad. La fecha de vencimiento del contrato social en los balances. 6.1. Domicilio y sede social. 6.2. Denominación y razón social. 6.3. Nombre comercial: concepto y amparo legal. 6.4. Plazo de duración de la sociedad. 6.5. La fecha de vencimiento del contrato social en los balances.— 7. El objeto del contrato de sociedad: su importancia y vinculación con otras normas. El objeto social y la actividad social. Objeto social y capital social. Infracapitalización. 7.1. El objeto del contrato social: su importancia y vinculación con otras normas. 7.2. El objeto social y la actividad social. 7.3. Objeto social y capital social. Infracapitalización.— 8. Personalidad societaria. Consecuencias derivadas del reconocimiento de la personalidad. 8.1. Personalidad societaria. 8.2. Consecuencias derivadas del reconocimiento de la personalidad.— 9. Desestimación de la personalidad: inoponibilidad de la persona jurídica. Elementos normativos determinantes de la inoponibilidad. Grupos de casos de inoponibilidad de la persona jurídica. 9.1. Desestimación de la personalidad: inoponibilidad de la persona jurídica. 9.2. Elementos normativos determinantes de la inoponibilidad. 9.3. Grupos de casos de inoponibilidad de la persona jurídica.— 10. La personalidad de las sociedades en formación, subsanables y en liquidación.— Síntesis.

---

(1) Abogado. Máster en Derecho Empresario —Universidad Austral—. Relator de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Comercial. Profesor universitario en carreras de Derecho de grado (Facultad de Ciencias Económicas y de Derecho de la UBA y de la UCES) y de posgrado (Universidad Católica de Cuyo, Universidad Notarial Argentina). Coautor de libros y numerosos artículos de su especialidad.

1. Unipersonalidad y pluralidad. La limitación de la responsabilidad

Tal como se adelantara en el capítulo anterior, el art. 1° de la ley 19.550 —t.o. dec. 841/1984, modif. ley 26.994— enuncia en su primer párrafo que hay "sociedad si *una o más personas* en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas", para luego agregar, en un segundo párrafo, que "la sociedad unipersonal sólo se podrá constituir como sociedad anónima", aclarando que "la sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal".

La novedad de la modificación de este artículo radica en que, más allá de mantener vigente la vía para constituir la sociedad a partir del acuerdo de dos o más socios (o accionistas, en el supuesto de la sociedad anónima —SA —), conforme exigía la normativa hasta el momento de ser reformada, introduce la posibilidad de constituir una SA de modo unilateral, esto es, a partir de la voluntad de un único individuo, dando nacimiento a la sociedad anónima unipersonal (SAU). Impuso también otra limitación: que la sociedad unipersonal no puede ser constituida por otra sociedad unipersonal.

Oportuno es resaltar que, si bien la antigua redacción del art. 1° permitía sólo la constitución de una sociedad con "pluralidad de socios", lo cierto es que cuando se analizan los distintos supuestos contemplados por la legislación, se advierte que dicha pluralidad no se erigía en un principio general, al verificarse la existencia de diversos supuestos de sociedades unipersonales admitidas —antes de ahora— por el ordenamiento legal nacional, a saber:

a) Sociedades del Estado: el art. 2° de la ley 20.705, de sociedades del Estado expresamente enuncia: "Las sociedades del Estado podrán ser unipersonales y se someterán, en su constitución y funcionamiento, a las normas que regulan las sociedades anónimas, en cuanto fueren compatibles con las disposiciones de la presente ley...". En este supuesto la unipersonalidad resulta expresamente acogida por el legislador del año 1974. Sin embargo, ésta se halla limitada al ámbito de las personas jurídicas de carácter público, al poder únicamente crear este tipo societario el Estado nacional, los Estados provinciales, los municipios y los organismos estatales, excluyendo toda participación de capitales privados (art. 1°). El art. 9° de esa ley permite incluso que el PEN transforme "las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta, las empresas del Estado y las constituidas por regímenes especiales..." en sociedades del Estado. En consecuencia, de un régimen plural de socios, resulta factible el traspaso a un régimen unipersonal, en cabeza de alguno de los sujetos legitimados por la ley.

b) Unipersonalidad derivada: en todos los casos en que hubiese venido a menos la pluralidad de socios por el motivo que fuere (exclusión del socio,

resolución parcial, etc.), el art. 94, inc. 8° —en la versión anterior a la modificación de la LGS por la ley 26.994—, disponía que la sociedad se disolvería, a menos que en el plazo de tres meses se recompusiese la pluralidad de socios, con el agravante que durante ese lapso el socio único respondiese solidaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales. O sea, que bajo esta redacción no se extinguía la persona jurídica, sino que se admitía transitoriamente la unipersonalidad, sin limitación de responsabilidad hasta tanto se renovase la pluralidad de socios.

c) Cramdown: el régimen del art. 48 de la ley 24.522 admite la posibilidad de que la totalidad del paquete accionario o de las cuotas sociales de la sociedad concursada sometida a *cramdown* le sea transferido a un solo acreedor. Esto da cuenta que ya con anterioridad a la reforma introducida por la ley 26.994, era posible, entonces, que el 100 % del capital social de la SA o de la sociedad de responsabilidad limitada —SRL— quedase en cabeza de un acreedor (que de este modo se convierte en socio único) quien quedaba equiparado en su situación al supuesto de "unipersonalidad devenida" referido en el ítem precedente, aplicándose por analogía el comentario allí vertido.

d) El decreto delegado 677/2001: esta norma introduce las prácticas del *corporate governance* en la Argentina, en el ámbito de las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones. Al aludir al régimen de participaciones residuales (*squeeze out*) por control casi total —capítulo VII, arts. 25 a 30 del dec.-ley—, el legislador diseñó un sistema que permite la unipersonalización societaria por dos caminos: *i)* Por un acto voluntario del controlante casi total (persona física o jurídica, en el carácter de socio, que disponga al menos del 95 % del volumen accionario, sea en forma directa o a través de otras sociedades controladas), a quien le confiere el derecho de realizar ofertas de adquisición a los minoritarios por sus participaciones accionarias a un precio equitativo, y *ii)* por un acto por el cual algún accionista minoritario (art. 25 del decreto) fuerce al mayoritario a adquirir la totalidad de las acciones en manos de la minoría.

Del art. 1° del decreto surge que los efectos de la normativa alcanzan "a las personas que actúen en la oferta pública y dentro del contexto de las entidades autorreguladas". En consecuencia, su ámbito queda limitado a las sociedades cotizantes en bolsa (SA).

En definitiva, lo que no admitía el ordenamiento jurídico societario existente con anterioridad a la reforma propiciada por la ley 26.994, era la *unipersonalidad originaria* de sociedades compuestas por sujetos de derecho privado, ni la *unipersonalidad derivada* permanente con limitación de la responsabilidad.

Es en ese contexto donde debe interpretarse el rechazo a la inscripción de las denominadas sociedades de cómodo (o sociedades de pluralidad ficticia) por parte de registros públicos, tales como la Inspección General de

Justicia (IGJ) en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Recuérdese que la “sociedad de cómodo” es aquella en la que se simula la pluralidad de socios, cuando en los hechos es uno solo el que aporta el capital y lleva adelante el emprendimiento.

Tales posturas de los organismos registrales del ámbito societario han llevado a denegar la inscripción de sociedades de cuyo contrato constitutivo no surgía la pluralidad sustancial de sus integrantes, por considerar que se encubría la constitución unipersonal del ente.

Planteos de esa índole fueron, incluso, materia de estudio en los estrados judiciales, donde en el caso particular de la causa “Fracchia Raymond SRL”, la sala E de la Cámara Comercial dispuso, el 3/5/2005, confirmar lo resuelto en la resolución administrativa de la IGJ, al señalar que —bajo la anterior redacción del art. 1°, LGS—, la pluralidad constitutiva de la sociedad distaba de ser una exigencia formal de la ley, al tratarse, conforme surgía de la “exposición de motivos” de dicha normativa, de *un requisito esencial*.

La ley 19.550 —en su versión originaria— exigía, pues, la existencia de una pluralidad de socios en sentido sustancial, a los fines de posibilitar la captación de capitales y desarrollar una actividad económica con voluntad de asociarse y no como un mero recurso para limitar la responsabilidad frente a terceros.

No obstante, conforme se adelantara, dicha concepción ofreció un giro de 180° a partir de la sanción de la ley 26.994, al admitir el legislador la incorporación de la unipersonalidad como variable para constituir una SA (que de este modo pasa a ser identificada como SAU).

No debe soslayarse que en la Argentina una gran cantidad de sociedades cerradas o de familia son sociedades unipersonales estructuradas bajo una aparente pluralidad de personas, porque al constituirse un sujeto de derecho distinto a sus miembros, deja abierto el camino para limitar el riesgo de la actividad empresaria al patrimonio de la sociedad así constituida.

La reforma del art. 1° no viene a modificar, en sentido estricto, la conceptualización del origen de la sociedad en un *contrato plurilateral de organización*, sino que agrega al texto legal la posibilidad de que se pueda recurrir a este instituto —tal como se adelantara— mediante un acto de voluntad unilateral, al admitir la posibilidad de que se constituyan sociedades integradas por un único socio, exclusivamente bajo el tipo de SA. Se está aquí, pues, en presencia de la denominada *unipersonalidad originaria* de una sociedad creada por un sujeto de derecho privado, que limita su responsabilidad al capital aportado.

Lo antedicho debe complementarse con la disposición imperativa legal, prevista en el nuevo art. 94 bis, norma que establece: “la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y

de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal, si no se decidiera otra solución en el término de tres (3) meses". Trátase el aquí normado de un supuesto de *unipersonalidad derivada*, con la particularidad de que —a diferencia de lo que ocurría con el art. 94, inc. 8° de la ley 19.550 en su texto originario— luego de transformados los tipos sociales comprometidos (sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria), la nueva sociedad (SAU) adquiere la condición de permanente, no disolviéndose ni, por ende, ingresando en liquidación (salvo que en su momento el socio único opte expresamente por esta última alternativa).

Resta mencionar que el otro supuesto de *unipersonalidad derivada* se verifica en las situaciones en las que las SA, a lo largo del plazo de duración, mutan de pluripersonales a unipersonales (y viceversa), según el número de accionistas que registren a los largo de dicho plazo.

2. El empresario individual. Distintas soluciones

Conforme se refiriera en su momento, la empresa es la organización económica destinada a la producción e intercambio de bienes y servicios. Se erige en un fenómeno dinámico que une al capital y al trabajo, en el que confluyen bienes materiales e inmateriales.

Es más: la realidad actual centra la noción de derecho comercial en el concepto de empresa. Así, se sostiene que "derecho comercial es la forma o modo de ejercer determinadas operaciones y no éstas aisladamente consideradas (...) se concluye que el ejercicio de una actividad patrimonial mediante el desempeño de una gestión empresarial, denota por esa sola circunstancia carácter mercantil. El derecho mercantil se ocupa de los actos jurídicos realizados en el desarrollo de la actividad" (2).

Lo manifestado obliga a señalar que dicho fenómeno económico tiene como titular a un sujeto, que puede ser, o bien, una persona física, o bien, una persona jurídica que, en lo posible, intentará limitar su responsabilidad —en forma absoluta o subsidiaria— al capital social aportado inicialmente, en pos del cumplimiento del objeto empresarial abordado.

En lo que respecta al compromiso patrimonial asumido por el empresario individual/persona física, tres son las modalidades —dependiendo de los alcances de la legislación que se examine— bajo las cuales puede desarrollar su actividad empresarial sin necesidad de asociarse con otro sujeto:

---

(2) García Muñoz, José A., *Derecho económico de los contratos*, Ediciones Librerías del Profesional, Universidad de la Sabana, Bogotá, Colombia, 2001, p. 63, citado por Taliercio, Christian, en el comentario al art. 320, en Curá, José María (dir.) - García Villalonga, Julio César (comp. y coord. gral.) - López Cerviño, José Luis (coord. área), *Código Civil y Comercial comentado. Orientado a contadores*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 647.

a) como titular único de una hacienda empresaria, por cuyo resultado en la explotación —en la hipótesis de ser negativo— responde en forma *ilimitada* con su patrimonio personal.

b) como sujeto titular de uno o más patrimonios de afectación, ligados exclusivamente al cumplimiento del objeto para el cual son constituidos (por ejemplo, el caso de uno o más fideicomisos o, tal como acontece en otros países, de una o más empresas individuales con responsabilidad limitada).

c) como socio de una sociedad unipersonal, por la cual limita su responsabilidad al capital aportado.

Es evidente el interés que despiertan las últimas dos modalidades, en lo que a la limitación de responsabilidad respecta.

Así las cosas, cabe recordar que en el derecho nacional, el pensamiento sobre las sociedades unipersonales y la conveniencia de su adopción por el empresario individual fue evolucionando en el tiempo.

En efecto: las primeras iniciativas que se hicieron a nivel nacional se inclinaron por privilegiar la adopción del instituto de la empresa individual de responsabilidad limitada (EIRL), propuesta que efectuó ya por el año 1943 Waldemar Arecha y que, sin embargo, nunca llegó a alcanzar el grado de ley.

Tratáse la EIRL de un *patrimonio de afectación* —naturaleza bajo la cual fue receptada la figura en países tales como Costa Rica, Panamá, El Salvador, Perú, Paraguay, Chile, Portugal y San Marino—, no de una persona jurídica.

Bajo ese paradigma, en las legislaciones que admiten la EIRL —que pueden iniciar su actividad una vez inscriptas en el registro pertinente— el capital asignado por el empresario pasa a conformar un patrimonio separado e independiente de los demás bienes pertenecientes a la persona física; aquél sirve de garantía para responder por las obligaciones de la EIRL.

Asimismo, se establece —por ejemplo, en el caso de la legislación paraguaya (ley 1034/83)— que en supuesto de dolo, fraude o incumplimiento de ciertas normas, el instituyente de la EIRL asume responsabilidad ilimitada con todo su patrimonio y se regula usualmente que en tanto patrimonio de afectación, finiquita por las siguientes causales: *a)* las previstas en el acto constitutivo, *b)* por decisión del instituyente, *c)* muerte del empresario, *d)* quiebra de la empresa y *e*) pérdida de cierto porcentaje (el 50 %) del capital declarado.

Con el transcurso del tiempo, sin embargo, surgieron otras propuestas doctrinarias y legislativas en las que se aceptó el mecanismo de las sociedades unipersonales como una alternativa más conveniente para la regulación del fenómeno. Se intensificó, pues, la propuesta legislativa de la utilización de la estructura societaria —en un sentido práctico— como la

modalidad más adecuada para que el empresario límite su responsabilidad patrimonial en sus emprendimientos.

No es ocioso advertir que en las naciones que receptan la de SU en los tipos de sociedades de capital clásicas resulta menos traumático pasar de la pluralidad a la unipersonalidad y viceversa: obviamente no es forzoso recurrir al instituto de la transformación societaria.

Asimismo, la posibilidad de optar por una pluralidad de objetos, para concretar la actividad empresaria en el ámbito de la sociedad, constituye un punto de inflexión determinante, a diferencia del patrimonio de afectación, que posee objeto único.

A lo anterior se adiciona que la societaria es una estructura conocida y probada en el mercado que posibilita incorporar nuevos socios y transferir la titularidad en caso de enajenación.

También facilita la solución atinente a la constitución de filiales: debe entenderse por filial a la sociedad cuyo único socio es otra sociedad, o la sociedad cuyo único socio es prácticamente otra sociedad. La existencia de la filial implica la de una sociedad matriz originante —o sociedad intermedia, en su caso—, con la singular característica de estar dotadas cada una de un patrimonio inconfundible.

Repárese en que la filial constituida como SU, en los países que admiten esta modalidad, brinda autonomía a unidades empresariales, facilitando su transmisión y ofreciendo la posibilidad de reorganizar las empresas en el seno de los grupos societarios.

Ahora bien, de la creación de filiales en los grupos empresarios surgen una serie de consecuencias, mereciendo destacarse las siguientes: *a)* cada filial es un operador económico, teniendo a su cargo emprendimientos de diversa envergadura económica en un territorio determinado, y *b)* la descentralización efectuada mediante filiales constituidas como SU posibilita a los grupos económicos adaptarse a los frecuentes cambios de los mercados con una mayor distribución de los riesgos en la actividad empresaria.

Todo esto se vio reflejado en las regulaciones propuestas a nivel nacional en la truncada ley 24.032, de 1987, en los dos proyectos de unificación de los Códigos Civil y Comercial del año 1993, en el proyecto del año 1998 y en el de reforma de la ley de sociedades de los años 2002 y 2005.

Fue adoptada también, por el anteproyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial del año 2012, aunque con una amplitud tal que permitía la constitución de sociedades unipersonales para todos los tipos que no requiriesen dos clases distintas de socios.

Las críticas fueron de tal envergadura que dieron lugar a que en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación se introdujeran las reformas que fueron finalmente sancionadas mediante ley 26.994,

en el año 2014, cuyo resultado final fue la creación de la SAU como alternativa de organización jurídica apta para que el empresario desarrolle su actividad comercial.

3. La sociedad de un solo socio

En lo que aquí interesa, respecto de esta modalidad de conformación de la sociedad, se estableció lo siguiente:

a) La SU sólo se puede constituir bajo el tipo SA (art. 1°, LGS).

b) Consecuentemente la SU sólo puede ser constituida por instrumento público y por acto único (art. 165, LGS).

c) La denominación social deberá contener la expresión “sociedad anónima unipersonal” o su abreviatura SAU. Se establece en el art. 164, LGS, que la omisión de esa mención hace responsables ilimitada y solidariamente a los representantes de la sociedad juntamente con ésta por los actos que celebren en esas condiciones.

d) La SAU no puede ser constituida por otra SU (art. 1°, LGS).

e) En el caso de la SAU, el capital debe ser integrado totalmente en el acto constitutivo (art. 186, LGS).

f) La reducción a uno del número de socios de las SA inicialmente plurales, no conforma una causal de disolución, sino que sólo deben cumplir con la exigencia de: *i)* adecuar la denominación social a la exigencia del art. 164, LGS y, *ii)* cumplir por el régimen impuesto por el art. 299, LGS, de fiscalización estatal permanente, al cual quedan sometidas, debiendo contar con sindicatura plural integrada con número impar, con un mínimo de tres integrantes y un directorio plural con un mínimo de tres directores (art. 255, LGS).

g) En la hipótesis de que durante el plazo de vigencia el número de socios quedase reducido a uno en la “sociedad en comandita simple”, en la “sociedad en comandita por acciones” y en la “sociedad de capital e industria”, y no se decidiera disolverla, transformarla o recomponer la pluralidad de socios en el término de tres meses, quedarán transformadas de pleno derecho en una SAU.

Así como se debe celebrar que en este campo se colocaron ciertos contrapesos y seguridades a la figura de la sociedad unipersonal (tales como la exigencia de su constitución por instrumento público, la imposibilidad de constituir nuevas SAU a partir de una SAU, entre otras), también se deben señalar serias falencias:

a) Se omitió incluir a la SRL como tipo viable para constituir una SU, pese a que dicho tipo garantiza una mayor transparencia en la actuación

del ente y en la relación con los terceros, dado que el cambio del único socio importa la modificación del contrato social y requiere publicación e inscripción el Registro Público de Comercio, lo que no acontece con la SA.

b) Si bien parece acertada la exigencia de que la SAU cuente con un régimen de fiscalización interna, como lo es la sindicatura, lo cierto es que al no haberla incluido en las excepciones del art. 299 para exigir la sindicatura colegiada con número mínimo de tres integrantes —como lo hace con el inc. 2°, en los casos en que la inclusión de la SA en el 299, LGS, se deba al monto del capital social—, significa colocar una obligación gravosa en exceso para dicha sociedad.

c) En los supuestos de unipersonalidad derivada, se contempla la transformación de pleno derecho en SAU, tal como se mencionó, sólo de los tipos sociedades en comandita simple, en comandita por acciones y de capital e industria, olvidándose en el detalle a las sociedades colectivas y a las SRL, sociedades, éstas, que —en virtud del juego de los arts. 1° y 94 bis— en caso de ver reducido a uno el número de socios, no se disolverán y continuarán actuando bajo el régimen de sociedades colectivas y sociedades de responsabilidad limitada, respectivamente, funcionado como tales con un solo socio. Indudablemente la laguna legal resulta importante y habrá que esperar que resuelve la autoridad administrativa y, en su caso, la jurisprudencia, sobre esta cuestión.

Otra cuestión a plantearse es si en la SAU es posible referir a la existencia de “interés social”.

En principio se entiende lógico negar en la SAU la existencia de un interés social distinto al del socio único, ya que parece difícil que los intereses del socio y los de la sociedad unipersonal puedan diferir.

Más allá de las controversias que pueda despertar su tratamiento, no se coincide con quienes encuentran atisbos de interés social en la SAU: su presencia se justificaría exclusivamente en la protección del interés de los acreedores.

Sostiene Manóvil que “el interés social (...) es la garantía de protección a los socios que resguarda la esencia de la causa fin de la sociedad y del vínculo de aquéllos con ésta. Pero así como es fundamental en la relación societaria interna, no tiene alcances que superen esa específica protección. Los terceros no encuentran el resguardo de sus intereses en los mismos principios. Por ello, aunque variadas normas de los derechos nacional y extranjero utilizan la expresión interés social —o sus equivalentes— para referirse tanto al debido resguardo de los socios como al de los acreedores, lo hacen apuntando a aspectos diversos en su esencia (...) Cuando se habla de socios y de la relación societaria interna, el interés social es disponible para ellos (...) en el seno de la sociedad el principio del interés social puede ser dejado de lado en cuantas ocasiones los socios (todos, no la mayoría de ellos) así lo

dispongan"[3]. *Ergo*, el interés social —en sentido estricto— fue introducido por el legislador para la protección de los socios y al resguardo de la causa-fin de la sociedad comercial.

De ello se deslizan dos conclusiones: *a)* la contemplación del interés social se encauza en la medida en que exista un conflicto de intereses en el ámbito interno del órgano de gobierno de la sociedad; sin pluralidad preexistente, la hipótesis de conflicto desaparece en la sociedad de constitución unipersonal, y *b)* a lo anterior se debe adicionar que la existencia de interés social requiere el presupuesto de *affectio societatis* —tema al que se aludirá más abajo— como elemento constituyente; pero ésta se halla ausente en la SAU[4].

4. Organización. Tipicidad. Cláusulas tipificantes y no tipificantes

4.1. Organización

De lo hasta aquí afirmado, es claro que la sociedad nace al mundo jurídico como titular de la empresa, o bien bajo la forma de contrato plurilateral de organización, o bien como un acto jurídico unilateral de organización, a través de la adopción de la unipersonalidad en la SAU.

En cualquiera de las dos variantes se exige una organización interna que regula el funcionamiento de los distintos órganos sociales, cada uno con determinadas funciones: *i)* el *órgano de gobierno*, que comprende la reunión de socios (en las sociedades de personas y en la SRL) o la asamblea (en la SRL y en la SA), en las que se definen los designios de la sociedad, *ii)* el *órgano de administración*, cuya competencia se vincula directamente a la administración y representación del ente (que comprenden, en su faz interna y externa, respectivamente, la custodia de los bienes sociales, la actividades tendientes al cumplimiento del objeto social y la actuación en nombre de la sociedad frente a terceros) y *iii)* el *órgano de fiscalización* (representado por la sindicatura, el consejo de vigilancia o los mismo socios, según el caso), cuya misión central consiste en el control en forma permanente de la tarea desarrollada por el órgano de administración.

Esto explica por qué el art. 1°, LGS, prevé a la *organización* como uno de los elementos primordiales en la caracterización del contrato societario, a lo que se adiciona que los incs. 6° a 9°, del art. 11, LGS, exigen que el acto constitutivo de la sociedad contemple:

---

(3) Manóvil, Rafael M., *Grupo de sociedades en el derecho comparado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 574.

(4) García Villalonga, Julio César, "Las sociedades de capital y su organización unipersonal", RADE (*Revista Argentina de Derecho Empresario*), Universidad Austral, Ad Hoc, Buenos Aires, año 2005, n° 2, ps. 13-134.

a) Las reglas de organización de los órganos sociales, descriptos más arriba, así como los derechos y obligaciones de los socios o accionistas (incs. 6° y 8°).

b) Las reglas de distribución de las pérdidas y ganancias (inc. 7°).

c) Las disposiciones atinentes al funcionamiento y disolución de la sociedad (inc. 9°).

Ahora bien, en los supuestos en que, dentro de ese marco organizativo, la sociedad se precie de ser "regular", debe cumplir para ello, con los recaudos del tipo social adoptado (tipicidad) y con la pertinente inscripción registral, que confiere la susodicha regularidad, normada en el art. 7°, LGS.

Lo señalado obliga a reparar en el alcance del concepto de *tipicidad*.

4.2. Tipicidad

La tipicidad es uno de los elementos esenciales caracterizantes del instituto societario y se halla previsto en el art. 1° —reformado por la ley 26.994—, que refiere que la sociedad puede ser constituida por una o más personas "conforme a uno de los tipos previstos en esta ley".

Cabe, entonces, repasar, ¿qué es una sociedad típica? Es la sociedad que se adecua contractualmente a uno de los distintos esquemas normativos preestablecidos en la ley, de conformidad a normas inderogables y en razón de la estructura legislativa impuesta por el legislador a causa de las distintas necesidades que el emprendedor o emprendedores precisan satisfacer.

Zaldívar sostiene que por tipicidad debe entenderse el ajuste de la estructura —es decir, de la forma— a cualquiera de las especies reglamentadas por la legislación (sociedad colectiva, sociedad en comandita simple, sociedad de capital e industria, sociedad en comandita por acciones, sociedad de responsabilidad limitada y sociedad anónima) y que, *a contrario sensu*, sociedades atípicas son las no consagradas legalmente y que pueden resultar, o bien de la combinación de elementos de las anteriores, o bien de la aparición de entes con características total o parcialmente no previstas por la ley[(5)].

Entre los argumentos para fundamentar la organización del sistema con base en tipos sociales, autores como Halperin y Farina, han esgrimido los siguientes:

a) Brindar a los interesados un marco de normas jurídicas dentro de las cuales encuadrar la sociedad que constituyen.

b) Permitir el conocimiento fácil y preciso para quienes se asocian y para los terceros que contratan con aquéllas, respecto de la organización,

---

(5) Zaldívar, Enrique y otros, *Cuadernos de derecho societario*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 25.

estructura, responsabilidad de los socios, régimen de administración, gobierno y fiscalización, etc., contribuyendo, de este modo, al resguardo del valor seguridad jurídica, fundamental en el mundo de los negocios.

c) Evitar los trastornos y abusos que generaría una amplia libertad de los contratantes en este aspecto.

d) El marco de certidumbre brindado a terceros por la tipicidad también beneficia a la sociedad, ya que aquéllos serán más proclives a entablar relaciones con el ente(6).

No se desconoce que autores de la talla de Malagarriga han considerado que la tipicidad atenta no sólo contra la libertad de contratación, sino también contra el progreso económico y jurídico, al impedir la creación de otras sociedades que resulten de la combinación de los elementos consagrados por el ordenamiento vigente. Esta doctrina propone establecer un sistema de libertad de contratación con respeto a los límites del orden público y derechos de terceros(7).

Empero, como postula la doctrina dominante, el sistema de tipicidad —tal como está previsto legalmente— debe ser objeto de merecido apoyo, ya que permite a los socios y terceros conocer cuáles son las condiciones en las que se relacionarán con la sociedad, lo que da paso a la seguridad en los negocios y a la celeridad del tráfico jurídico.

En cuanto a las críticas que se hacen al sistema de tipicidad, en orden a que produce un estancamiento del instituto societario, quitándole la flexibilidad necesaria, debe tenerse presente que dicho sistema no es absolutamente rígido, sino que actúa en un doble nivel:

a) En el primero, los socios pueden elegir entre los diversos tipos sociales.

b) En el segundo, dentro de la reglamentación de cada tipo social, la ley les permite elegir entre diversas opciones para adecuar ese tipo social a las particularidades de cada caso concreto (por ej., en la SRL prescindir de la sindicatura o en la SA elegir el número de directores), lo que representa —ciertamente— una flexibilidad en función de las necesidades del caso(8).

Finalmente, si la realidad empresarial plantea novedades importantes y nuevas necesidades que son imposibles de satisfacer mediante el sistema de la doble opción indicado, siempre podrá el legislador hacer a la ley los cam-

---

(6) HALPERIN, ISAAC, *Curso de derecho comercial*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1971, p. 289; FARINA, JUAN M., *Tratado de sociedades comerciales*, t. I, Zeus, Buenos Aires, 1980, p. 67.

(7) MALAGARRIGA, CARLOS C., "Reglamentación enunciativa de la sociedad comercial", ponencia presentada en el Primer Congreso de Derecho Comercial, Actas, t. 1, p. 211.

(8) ROITMAN, HORACIO, *Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 52.

bios pertinentes, tales como los implementados recientemente al introducir la modalidad unipersonal de constitución de la SA.

4.3. Cláusulas tipificantes y no tipificantes

Las cláusulas tipificantes son las que caracterizan cada tipo social, usualmente referidos al régimen de responsabilidad de cada socio, las participaciones societarias y la estructura de los órganos, en función del tipo escogido.

La ausencia de alguna de las cláusulas comprendidas en esta clasificación impide que la sociedad pueda ser considerada típica, pasando a engrosar, según la reciente reforma introducida por la ley 26.994, el grupo de las denominadas "sociedades subsanables" (veáse art. 17, LGS), cuyo tratamiento recibe acogimiento normativo en la nueva sección IV de la ley societaria (hasta el 31/7/2015 llamadas sociedades de hecho).

De su lado, las cláusulas no tipificantes son aquellas comunes a todas las sociedades, que no son determinantes de la tipología y cuya ausencia no se encuentra suplida por disposición legal alguna. Están enunciadas en el art. 11, LSC.

La omisión de cláusulas no tipificantes son subsanables, no aparejando directamente la nulidad del contrato, en virtud del principio de conservación de la sociedad, previsto en el art. 100, LSC.

5. Estipulaciones necesarias del contrato de sociedad. Estipulaciones nulas. La *affectio societatis*

5.1. Estipulaciones necesarias del contrato societario: su contenido conforme lo establece el art. 11, LGS

El texto del art. 11 de la ley, recientemente reformado por ley 26.994, instituye que

"El instrumento de constitución debe contener, sin perjuicio de lo establecido para ciertos tipos de sociedad:

"1) El nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y número de documento de identidad de los socios;

"2) La razón social o la denominación, y el domicilio de la sociedad. Si en el contrato constare solamente el domicilio, la dirección de su sede deberá inscribirse mediante petición por separado suscripta por el órgano de administración. Se tendrán por válidas y vinculantes para la sociedad todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta;

"3) La designación de su objeto, que debe ser preciso y determinado;

"4) El capital social, que deberá ser expresado en moneda argentina, y la mención del aporte de cada socio. En el caso de las sociedades unipersonales, el capital deberá ser integrado totalmente en el acto constitutivo;

"5) El plazo de duración, que debe ser determinado;

"6) La organización de la administración, de su fiscalización y de las reuniones de socios;

"7) Las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas. En caso de silencio, será en proporción de los aportes. Si se prevé sólo la forma de distribución de utilidades, se aplicará para soportar las pérdidas y viceversa;

"8) Las cláusulas necesarias para que puedan establecerse con precisión los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros;

"9) Las cláusulas atinentes al funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad".

El método empleado por el legislador es especialmente acertado al reunir en una única norma todas la estipulaciones necesarias que resultan aplicables a los seis tipos societarios existentes.

El *inc. 1°* del artículo citado dispone que el contrato de sociedad debe mencionar toda la información requerida para identificar correctamente a los socios, tales como "nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y número de documento de identidad", siempre y cuando se trate de personas de existencia visible. En el supuesto en que, en cambio, sea otra persona jurídica la que concurra a otorgar el contrato constitutivo del nuevo ente, deberá mencionar su denominación, su domicilio y su sede social, así como los datos de su inscripción registral, de tal modo que nunca pueda caber ninguna duda sobre quién es el socio.

El *inc. 2°* del art. 11, LGS, establece que el contrato debe especificar la "razón social o la denominación, y el domicilio de la sociedad" para luego agregar que "si en el contrato constare solamente el domicilio, la dirección de su sede deberá inscribirse mediante petición por separado suscripta por el órgano de administración", teniéndose "por válidas y vinculantes para la sociedad todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta". A este respecto se remite al comentario realizado en el título siguiente.

El *inc. 3°* del artículo en cuestión fija que el contrato debe establecer la designación de su objeto, que debe ser preciso y determinado, recaudo —éste— que será tratado en el punto 7 de este capítulo, a cuya lectura se efectúa la remisión.

El *inc. 4°* del art. 11, LGS, instaura que el contrato social debe contemplar "el capital social, que deberá ser expresado en moneda argentina, y la mención del aporte de cada socio", para luego añadir que "en el caso de las sociedades unipersonales, el capital deberá ser integrado totalmente en el acto constitutivo".

En el instrumento constitutivo debe indicarse la cifra del capital social, en moneda de curso legal, al momento de ser constituida la sociedad. De este modo es posible definir al *capital social* como el valor atribuido al conjunto de los aportes de los socios.

Tres son las funciones del capital social:

a) de garantía: para los terceros que se relacionan con el ente, sobre todo en aquellos tipos en los que existe limitación de responsabilidad al capital aportado;

b) organizativa: permite establecer la estructura financiera de la sociedad y determinar la posición jurídica de los socios y accionistas en la vida de la entidad;

c) de productividad: se constituye en el medio para facilitar el comienzo de la capacidad productiva de la empresa afrontada, permitiendo así, periódicamente, la distribución de utilidades, lo que posibilitará a la sociedad actuar su objeto y cumplir sus fines.

Especificado ello, cabe aclarar, por otro lado, que los principios esenciales que regulan al capital social son los siguientes:

a) Principio de determinación: el capital debe hallarse especificado en el contrato social en forma exacta y precisa. Una situación particular se plantea en el supuesto de desvalorización nominal entre una moneda y otra, que se produce en las sociedades constituidas desde antaño, cuyo capital se encuentra expresado en moneda originaria, lo que apareja la problemática de que al hacer la conversión directa nominal a la moneda actual, arroja un guarismo de capital ínfimo. Lo usual en estos casos es requerir la intervención de un profesional en ciencias económicas para que actualice el monto del capital a valores constantes.

b) Principio de invariabilidad: la modificación del capital —luego de constituida la sociedad— se traduce en un aumento o disminución que sólo es posible si se cumplen los recaudos formales fijados por la ley (véanse arts. 188, 191, 198 y 203, LGS).

c) Principio de unidad: el capital social es uno, aunque existan asignaciones especiales a agencias, sucursales o establecimientos (recuérdese que estos últimos no son personas jurídicas distintas de la sociedad que los instituye). Lo manifestado obliga a señalar que las filiales no están comprendidas, ya que se trata de sujetos de derecho independiente de la matriz e que cuentan con su propio capital social, el que debe respetar el principio de unidad.

d) Principio de intangibilidad: debe existir una relación entre el valor nominal del capital expresado en el contrato y el patrimonio social, de moda tal que sea posible determinar con certeza la solvencia de la sociedad o su deterioro económico y evitar, de ese modo, engaños a terceros que contraten con el ente. Receptan este principio: *i)* art. 53, LGS: exigencia de la integración de aportes a los accionistas de la SA, *ii)* art. 63, LGS: obligación

de consignar el pasivo social en el balance, *iii)* art. 68, LGS: subordinación de la posibilidad de percibir utilidades a que existan ganancias líquidas y realizadas, *iv)* art. 70, LGS: establece las reservas legales, *v)* art. 71, LGS: prohibición de distribuir utilidades hasta que se cubran las pérdidas, entre otras.

Tomando el último principio mencionado, es oportuno diferenciar el concepto de *capital social* del de *patrimonio*, debiendo ser entendido este último como el conjunto de derechos y obligaciones de los que es titular una persona.

A diferencia del capital social, el patrimonio es variable en el tiempo. En efecto: al momento de constituirse la sociedad, patrimonio y capital social tienen una misma cifra nominal equivalente, pero con el devenir de la actividad empresaria, el patrimonio se va ampliando en su valor nominal, mientras el capital social permanece estático. Ello, toda vez que —se reitera— el capital social es una cifra que representa el valor nominal que los socios han conferido a sus aportes.

En lo que concierne a la obligación de determinar el aporte de cada socio, implica, nada más ni nada menos que la consagración del principio según el cual "no hay socio sin aporte", lo que apareja afirmar que todos los socios deben entregar bienes destinados a la conformación del fondo común que permitirá la consecución del objeto social.

El *aporte* puede ser definido como la obligación de dar, de hacer gozar a la sociedad la prestación prometida, prestación que equivale a cualquier cosa que tenga valor en uso o en cambio, a cualquier derecho, sea ya de propiedad, de uso, de usufructo, etc., tanto si debe hacerse una sola vez al principio de la sociedad, cuanto si debe hacerse por partes a pedido de quien administre la misma, o continuamente por toda la duración de ella(9). Cada uno de los sujetos que concurren como socios debe efectuar ese aporte, que de ese modo, pasará a conformar el capital social de la nueva sociedad. Estas aportaciones pueden consistir —según las exigencias del tipo— en obligaciones "de dar" o "de dar y de hacer" (nunca sólo en obligaciones de hacer). Repárese en que no hay sociedad si el o los socios no realizan aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes y servicios, tal como enuncia el art. 1°, LGS.

La ley 26.994 efectuó el agregado de la última parte del inciso bajo comentario, en el que se exige que en el caso de las SAU, el capital social sea integrado totalmente en el acto constitutivo. Este precepto se compadece con lo establecido por el también modificado art. 187, LSC, que, en su párrafo pertinente fija que el capital social de la SAU debe ser totalmente integrado, a diferencia de lo que ocurre con las SA de constitución plural, para

---

(9) Vivante, Cesare, *Tratado de derecho mercantil. Las sociedades comerciales*, vol. II, trad. por Ricardo Espejo Hinojosa, Reus, Madrid, 1932, p. 33.

las cuales bastará una suscripción integral de al menos el 25 % del capital suscripto.

El *inc. 5°* del art. 11, LGS, menciona como recaudo del contrato el del plazo de duración, que debe ser determinado. Esta cuestión será abordada en el punto 6 de este capítulo.

El *inc. 6°* del artículo bajo comentario establece que el contrato social debe consignar los presupuestos para la organización de la administración, de su fiscalización y de las reuniones de socios de la entidad. Sobre esta materia algo se explicó al desarrollar el punto 4 del capítulo. Cabe agregar que la organización que debe preverse será más o menos compleja, según el tipo social de que se trate y en todos los casos deberá contemplar las tres funciones internas básicas: gobierno, administración y control.

En lo que concierne a las funciones de administración y control:

a) en las sociedades de personas o por partes de interés (sociedad colectiva, sociedad de capital e industria y sociedad en comandita simple) existe un *autorganicismo*, quedando ambas funciones en cabeza de los socios, los que podrán organizarlas como mejor les convenga.

b) en la SRL se verifica un *organicismo incipiente*, limitándose la ley a establecer que la administración y representación se encontrará a cargo de un gerente, sin indicar la manera en que debe organizarse dicho órgano y dejando a los socios las facultades de fiscalización (art. 55, LGS), salvo que por estatuto se estableciese lo contrario, designándose una sindicatura o un consejo de vigilancia (art. 158, LGS).

c) en las sociedades de capital (SA y sociedad en comandita por acciones) existe un organicismo diferenciado, donde la ley se ocupa de establecer y organizar el funcionamiento de órganos específicos: el gobierno de la sociedad estará a cargo de la asamblea, la administración y representación a cargo del directorio y la fiscalización a cargo del consejo de vigilancia[(10)].

Sirva de resumen de lo expuesto, en punto a la organización interna de las sociedades el siguiente cuadro esquemático:

	ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN	**ÓRGANO DE GOBIERNO**	**ÓRGANO DE FISCALIZACIÓN**
SOCIEDADES DE PERSONAS	Socios o terceros, según el caso	Reunión de socios	Socios
SRL	Gerencia	Reunión de socios/ Asamblea	Socios/ sindicatura o Consejo de Vigilancia
SA y SCA	Directorio	Asamblea	Socios/ sindicatura o Consejo de Vigilancia

(10) Roitman, Horacio, ob. cit., p. 247.

De su lado, el *inc. 7°* del art. 11, LGS, prevé la necesidad de la incorporación en el contrato social de reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas: es ésta una consecuencia natural del principio distributivo emergente del art. 1°, LGS. No obstante, si las partes nada enuncian a este respecto, el inciso refiere que la distribución se hará en proporción de los aportes y agrega que si se estipula sólo la forma de distribución de utilidades, se aplicará para soportar las pérdidas y viceversa. La única excepción frente al silencio de los socios está dada en la sociedad de capital e industria, en cuyo caso el beneficio del socio industrial deberá fijarse en sede judicial (art. 144, LGS).

Resta acotar que el beneficio —de existir— se determina una vez al año, como consecuencia de ponerse a consideración los estados contables para verificar si existen ganancias líquidas y realizadas —o utilidades realizables— (art. 68, LGS) para poder distribuirlas entre los socios bajo la forma de dividendos.

El *inc. 8°* del art. 11, LGS, alude a la implementación de las cláusulas necesarias para que puedan establecerse con precisión los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros: esta indicación es optativa, pues la ley de sociedades regula tales aspectos en las secciones pertinentes (V: de los socios y VII: de los socios y terceros). Por ende, la reglamentación de tales derechos y obligaciones podrá concretarse siempre y cuando no se modifique o suprima su ejercicio.

Finalmente, el *inc. 9°* del artículo comentado prevé la introducción en el contrato de cláusulas atinentes al funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad. Al igual que lo referido en el inciso anterior, estas pautas no son de inclusión obligatoria entre las estipulaciones contractuales ya que en ausencia de normas expresas rigen, en este caso, las disposiciones del cap. I, secciones XII y XIII (arts. 94 a 112), LGS, los que no son derogables por los socios.

Sin perjuicio de ello, se podrán contemplar en el contrato social causales de resolución y disolución (art. 89, LGS) no previstas por el legislador.

El interés particular de los socios constituyentes, al introducir normas a este respecto, puede residir en establecer una mayoría especial para la designación de los liquidadores, plazos para la confección de balances y estados contables especiales, jurisdicción arbitral obligatoria y otras formas de dirimir controversias, etcétera.

5.2. Estipulaciones nulas

Se hallan pautadas en el art. 13 de la ley, que reza:

"Son nulas las estipulaciones siguientes:

"1) Que alguno o algunos de los socios reciban todos los beneficios o se les excluya de ellos, o que sean liberados de contribuir a las pérdidas;

"2) Que al socio o socios capitalistas se les restituyan los aportes con un premio designado o con sus frutos, o con una cantidad adicional, haya o no ganancias;

"3) Que aseguren al socio su capital o las ganancias eventuales;

"4) Que la totalidad de las ganancias y aun en las prestaciones a la sociedad, pertenezcan al socio o socios sobrevivientes;

"5) Que permitan la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro, que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva".

Fueron previstas por el legislador para proteger la buena fe y la lealtad que debe gobernar las relaciones entre los socios y entre éstos y la sociedad, pues, su inclusión desnaturalizaría el contrato de sociedad al implicar una clara situación de abuso por parte de un socio en perjuicio de los restantes. La enumeración del artículo no es taxativa y debe interpretarse con criterio amplio, de modo de comprender otros casos no previstos por la norma que impliquen pactos leoninos.

La sanción, de verificarse el acaecimiento de alguno de los supuestos contemplados es la nulidad. Trátase de una nulidad absoluta e inconfirmable, que da lugar a una nulidad parcial, toda vez que no afecta el resto del contenido del contrato social. Puede, sin embargo, producirse la nulidad de todo el contrato, si concurren además las circunstancias del art. 16, LGS (nulidad vincular en la que la participación o prestación del socio sea esencial).

5.3. La *affectio societatis*

Se entiende por tal a la "voluntad o intención de asociarse que encierra con mayor o menor acento, de acuerdo al tipo societario, la voluntad de colaborar en forma activa en la empresa común (lo que lleva ínsito el deber de lealtad del socio), al ánimo de concurrir al alea propia de la actividad negocial, todo ello desarrollado dentro de un marco de igualdad jurídica, pues en la relación societaria no existe subordinación por parte de alguno de los contratantes (socios) hacia él o los otros" (11).

Sin embargo, este concepto, que para parte de la doctrina es esencial, no está comprendido en la definición del art. 1°, LGS, aunque se halla presente en forma ínsita en los arts. 13, 54, 91 y 100 de la ley.

En tal sentido, Manóvil sostiene que "causa-fin, *affectio societatis* y riesgo común son tres elementos tan estrechamente vinculados entre sí, que puede decirse que constituyen facetas de un sólo y único dato común" (12).

---

(11) Zaldívar, Enrique, ob. cit., p. 81.
(12) Manóvil, Rafael M., ob. cit., p. 569.

Ello no obsta a señalar que otro sector de la doctrina reniega de tal idea, entendida —en resumidas cuentas— como el propósito de estar en sociedad al erigirse en un "simple duplicado del consentimiento necesario para constituir sociedad"(13) y, por ello, descarta la esencialidad referida líneas arriba. Prueba de lo indicado es que su subsistencia durante la vida de la sociedad no sería imprescindible para la supervivencia de la misma, por lo que no se podría invocar la extinción de *affectio* como causal de disolución o nulidad del contrato social.

6. Domicilio y sede social. Denominación y razón social. Nombre comercial: concepto y amparo legal. Plazo de duración de la sociedad. La fecha de vencimiento del contrato social en los balances

6.1. Domicilio y sede social

Ambos son conceptos distintos que, por ello, no deben ser confundidos.

El *domicilio* es un atributo de la personalidad jurídica de las sociedades y más precisamente el domicilio legal, entendido como la jurisdicción donde se constituye la persona jurídica. Su enunciación en el contrato social es exigida por el art. 11, inc. 2°, y su importancia radica en que este domicilio es el único, verdadero y necesario que establece la competencia judicial en los términos del art. 74 del Código Civil y Comercial de la Nación. Necesariamente coincide con la jurisdicción del Registro Público de Comercio donde se practicó la inscripción de la sociedad.

La *sede social*, en cambio, es el lugar más conveniente para el efectivo funcionamiento de los órganos sociales, aunque el patrimonio o los establecimientos se hallaren en otro lugar o lugares, y debe estar ubicada dentro del domicilio de la sociedad. Se relaciona con la calle, número, ciudad y municipio o partido donde funciona.

Vale aclarar que mientras que el domicilio forma parte del acto constitutivo o del estatuto, según el caso, la sede social hace al efectivo funcionamiento de la sociedad y está librada su elección a la decisión de los órganos internos de administración: el domicilio interesa al orden público y a los terceros (modificaciones al estatuto, inspecciones de la autoridad de contralor, concurso y quiebra, etc.) en tanto que la sede social es parte de la estructura organizativa de la empresa y únicamente interesa a quienes internamente la componen, o en particular mantienen relaciones con ella.

---

(13) ASCARELLI, TULLIO, *Sociedades y asociaciones comerciales*, trad. de S. Sentís Melendo, Ediar SA, Buenos Aires, 1947, p. 28.

6.2. Denominación y razón social

Tal como se viera, éste es otro de los requisitos exigidos por el art. 11, inc. 2°, LGS.

Su exigencia es una consecuencia de la personalidad jurídica propia de las sociedades: sirve para identificar a la sociedad frente a los terceros con más el aditamento del tipo social escogido. Al tratarse de un atributo de la personalidad, no es susceptible de ser transmitido.

La *denominación social*, sea ya subjetiva u objetiva, es empleada en cualquiera de los tipos sociales existentes, sean de capital o de interés. Es una indicación que sólo sirve para identificar la persona jurídica constituida como sociedad, a diferencia de la razón social que —tal como se verá seguidamente— también indica responsabilidad de los socios. La denominación se construye con cualquier nombre, que puede ser de fantasía (en este caso se estará en presencia de una denominación objetiva) o de alguna persona (denominación subjetiva). En el caso de la SRL, debe tratarse de socios (art. 147, LSC); en cambio en la SA y en la SCA, pueden ser socio, o no, mas deben ser personas de existencia visible.

En la SRL o sociedades personalistas que se hubiese adoptado la denominación subjetiva, la muerte del socio allí consignado obliga a modificar el contrato de sociedad.

En las sociedades personalistas y en la sociedad en comandita por acciones (SCA) la sociedad podrá actuar bajo una *razón social*, que se formará con el nombre de alguno, algunos o todos los socios y contendrá las palabras "y compañía" o su abreviatura, si en ella no figurasen los nombres de todos los socios. Tal exigencia —contenida en los arts. 126 y 317, LGS— tiene por objeto indicar la responsabilidad ilimitada, solidaria y subsidiaria de los socios, además de revelar el tipo societario con el que se vinculan los terceros.

6.3. Nombre comercial: concepto y amparo legal

El nombre comercial se diferencia del nombre social en que el primero se utiliza para identificar el establecimiento comercial o industrial con el cual el empresario se manifiesta en el mundo de los negocios. Su problemática es ajena a la normativa societaria, no obstante lo cual goza de crédito y adquiere, por ello —para la sociedad—, derechos y obligaciones.

La ley 22.362, en su capítulo II (arts. 27 a 30) regula el nombre comercial que identifica a la actividad empresaria desarrollada por la sociedad (o por un particular) con la clientela. La ley protege el nombre comercial ya que es el que se utiliza en el tráfico mercantil, y tiene por función designar un establecimiento de esta índole, más allá de que se encuentre, o no, organizado como sociedad. La propia norma, en su art. 1°, fija que la propiedad de

la designación se adquiere con el uso, sin necesidad de registración y puede ser, incluso, transferida, si forma parte de un fondo de comercio.

El nombre social, en cambio, ostenta el carácter distintivo de la sociedad: es lo que la identifica y diferencia de otros sujetos de derecho, por lo que puede contar sólo con uno. Sin embargo, una sociedad puede tener tantos nombres comerciales como actividades realice.

Resta manifestar que en la vida jurídica debe ser empleado el nombre social —y no el comercial— dada su función identificatoria.

6.4. Plazo de duración de la sociedad

Tal como se adelantara, el *inc. 5°* del art. 11, LGS, menciona como recaudo del contrato el del plazo de duración, que debe ser determinado: la ley no determina un plazo máximo, sólo se limita a requerir que sea preciso y que conste en el documento a registrar.

La exposición de motivos de la ley 19.550 (hoy LGS) justifica esta exigencia para todos los tipos societarios en razones que hacen a la seguridad jurídica, apartándose en el punto de lo que disponía el art. 291, inc. 6°, del Código de Comercio, que admitía que las sociedades por interés se constituyan por plazo indeterminado.

Cabe señalar que siempre debe computarse el plazo a partir de la registración de la sociedad.

Resulta también de interés aseverar que —según refiere el art. 95, LGS— antes del vencimiento del contrato el plazo de duración de la sociedad puede ser *prorrogado*, en cuyo caso, siempre y cuando se cuente con las mayorías previstas para cada tipo social (arts. 131, 160 y 224, última parte, LGS), se podrá fijar un nuevo plazo de duración. En ese supuesto se deberán inscribir en el Registro Público de Comercio —con anterioridad a su vencimiento— la prórroga del plazo en cuestión y la modificación del contrato.

En la hipótesis de que el plazo de duración haya fenecido —lo que implica la disolución de la sociedad y su ingreso en estado de disolución— los socios podrán ejercitar la reconducción de la sociedad (art. 95, LGS). Sin embargo, durante el período habido entre el vencimiento del plazo de duración y la inscripción registral de la reconducción los socios asumen responsabilidad ilimitada, solidaria y directa. Véase, a mayor abundamiento, el análisis de esta temática en el capítulo XI de esta obra.

6.5. La fecha de vencimiento del contrato social en los balances

En lo que concierne a este tópico, el art. 62, LGS, dispone que las sociedades, cualquiera que sea su tipo, deben hacer constar en sus balances de ejercicio la fecha en que se cumple su plazo de duración. Es ésta una regla

eminentemente práctica que tiene como fin que los administradores tengan presente la fecha de finiquito del contrato social, para evitar de esa forma los inconvenientes que podría aparejar la reconducción de la sociedad.

Señala Verón que esta norma otorga certidumbre a socios y acreedores sobre el plazo de duración a fin de conocer con exactitud el tiempo restante para operar con la sociedad, en caso de terceros, o para percibir dividendos, en el caso de los socios[14].

7. El objeto del contrato de sociedad: su importancia y vinculación con otras normas. El objeto social y la actividad social. Objeto social y capital social. Infracapitalización

7.1. El objeto del contrato social: su importancia y vinculación con otras normas

Según el art. 11, inc. 3°, LGS, el objeto del contrato de sociedad debe ser preciso y determinado, además de lícito (arts. 18 y 19, LGS), no prohibido (art. 20, LGS) y posible (art. 94, inc. 4°, LGS).

Es la actividad concreta que va a desarrollar la sociedad para obtener el fin propuesto. En tal sentido, se lo ha definido como "...la categoría de actos que por el contrato constitutivo podrá realizar la sociedad, para lograr su fin mediante su ejercicio o actividad"[15].

El régimen anterior a la ley societaria sancionada en 1972 se caracterizó por su amplia liberalidad, al extremo de que prácticamente cualquier sociedad era constituida con un objeto múltiple, a tal punto que su actividad no estaba restringida de manera alguna por el objeto. La exigencia del art. 11, inc. 3°, LGS, viene a limitar excesos, evita la enajenación de sociedades constituidas con este solo propósito y posee, por sobre todas las cosas, un gran valor práctico, al establecer, por un lado, los alcances de las actividades internas de la sociedad y otorgar, por otro, la seguridad de las transacciones frente a terceros, evitando las sospechas relativas al uso abusivo de la personalidad jurídica.

En ese orden de ideas, se evidencia en las facultades otorgadas a los administradores, que no pueden consumar actos notoriamente extraños al objeto social (art. 58, LGS) so riesgo que el acto sea imputado personalmente a quienes lo suscribieron y no a la sociedad, o en la disolución, al definirse la consecución del objeto o la imposibilidad de lograrlo (art. 94, inc. 4º, LGS).

---

(14) Verón, Alberto, *Los balances. Tratado sobre estados contables*, t. I, Errepar, Buenos Aires, 1997, p. 66.

(15) Zaldívar, Enrique, ob. cit., p. 92.

Así también la precisión del objeto permite determinar, por ejemplo, las actividades en competencia prohibida a los socios y directores.

De esta manera, es dable sostener que la importancia de mencionar el objeto en el contrato de manera precisa y determinada radica en que permite delimitar el marco de actuación de los administradores del ente.

¿Significa esto que deba entenderse que la capacidad de una sociedad comercial está limitada a la realización de los actos comprendidos en su objeto social? Si bien un sector de la doctrina lo entiende así, otro, en postura que se comparte, afirma que la capacidad de la sociedad es genérica, en cuanto atributo de la personalidad y desplaza al plano de calificación de responsabilidad e imputación de los efectos de los actos celebrados por los representantes, en ocasión o no del cumplimiento del objeto social. De esta manera, celebrar un acto extraño al objeto social no resulta nulo por falta de capacidad; es más, puede incluso ser reconocido y confirmado por la propia sociedad a través de su órgano de gobierno, lo que no importa una modificación del objeto social, ni puede reputarse a la sociedad incapaz respecto de este acto.

Es decir, toda sociedad tiene capacidad para contraer obligaciones y adquirir derechos en forma genérica, más allá de la órbita de imputación de responsabilidad en la que luego estos actos deban calificarse. Una cosa es postular que el acto será inoponible a la sociedad en razón de resultar claramente ajeno a su objeto social y otra muy distinta, sostener que el ente tiene falta de aptitud para contratar. Afirmar esto último atentaría contra la seguridad jurídica.

De lo precedente, cabe concluir en que el objeto social tiene naturaleza funcional y se limita a la actividad específica que la sociedad procura realizar para alcanzar la meta propuesta.

7.2. El objeto social y la actividad social

Ya se indicó la importancia de mencionar el objeto en el contrato social de manera precisa y determinada, ya que, en resumidas cuentas, se está haciendo referencia a la actividad que la sociedad —como sujeto de derecho— va a realizar.

Sin embargo, precisión y determinación del objeto no significan limitación a una única actividad, excepto el caso en que así lo requiera una ley especial (ej.: seguros y bancos, etc.).

Efectuada dicha aclaración teórica, cabe ahora señalar que la res. 7/2005 IGJ —con jurisdicción administrativa en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— dispuso en su art. 66: “el objeto social debe ser único y su mención, efectuarse en forma precisa y determinada mediante la descripción concreta y específica de las actividades que contribuirán a su efectiva

consecución", agregando que "Es admisible la inclusión de otras actividades, también descriptas en forma precisa y determinada, únicamente si las mismas son conexas, accesorias y/o complementarias de las actividades que conduzcan al desarrollo del objeto social. El conjunto de las actividades descriptas debe guardar razonable relación con el capital social".

Como crítica, ha de señalarse que "precisión" y "determinación" del objeto no significan, de modo alguno, limitación a un objeto único —tal como postula la normativa mencionada—, excepto, según como se anticipara, que así lo requiriera una ley en particular (seguros, bancos, etc.).

Repárese en que

a) la LGS no dispone en ningún momento que el objeto deba ser único, por lo que al no encontrarse prohibido, la norma legislativa permite establecer sociedades con objeto múltiple (conforme principio del art. 19, CN). Al disponer lo contrario, la autoridad de control se está excediendo en sus competencias, ya que altera el espíritu de la ley (art. 99, inc. 2°, CN), con lo que deviene inconstitucional;

b) ya ha existido un antecedente similar con la res. 65/1972 de la, por ese entonces, Inspección General de Persona Jurídica (IGPJ), que siguió el mismo criterio, y que recibió de la doctrina de la época idénticas críticas a las aquí formuladas;

c) además, existe una gran dificultad de hecho en cuanto a la determinación de qué es un objeto conexo, accesorio o complementario. Se trata de términos abiertos, cuyo significado debe integrarse con el auxilio de los conceptos de las ciencias económicas y afines.

Frente a ese cuadro de situación, la Comisión de Seguimiento de Aplicación de Criterios Uniformes de la IGJ, dio a conocer la res. 5/2013, de la que emerge un instructivo en relación a al interpretación del art. 66 de la res. general IGJ 7/2005, en el que, indirectamente se recepta el efecto de las críticas antedichas, a señalar: "si en el acto constitutivo se resolviera enunciar alguna actividad que, en principio y objetivamente no resultare conexa, accesoria o complementaria del objeto, *se admitirá su inclusión en el objeto social* si se exponen acabadamente las razones de los fundamentos que justifiquen la relación jurídico-económica entre dichas actividades, que las conviertan en integrantes del mismo emprendimiento societario".

En ese estadio, los fundamentos deberán surgir del acto de constitución social o de instrumento complementario con firmas certificadas de la totalidad de los socios que conforman el capital social.

Como fuere, una dosis de realismo enseña que por lo general, en los contratos sociales se incluyen dos o más objetos con múltiples actividades que guardan relación con el cumplimiento del objeto escogido. Se considera correcto que eso sea así, pues de lo contrario, habría que modificar constan-

temente en el estatuto la descripción del objeto social, lo que sería antieconómico y contraproducente para la marcha de los negocios sociales, ya que periódicamente habría que conseguir consensos para lograr la modificación del estatuto social. De su lado, el curso natural de las cosas indica que cuando se emprende una empresa cualquiera, se proyecta a futuro el pleno de las actividades que se pretende desplegar, programando una evolución paulatina para el cumplimiento de dicho fin. Con el objeto social, ocurre, entonces, algo similar(16).

7.3. Objeto social y capital social. Infracapitalización

Llegado a este punto, cabe distinguir *objeto*, de *capital* y *finalidad*: el objeto es la actividad o conjunto de actividades que va a desarrollar la sociedad para alcanzar su fin, que es la obtención de utilidades para distribuir entre los socios. El capital se forma, tal como se adelantó, a partir de los aportes que efectúan los socios en su conjunto y se erige en el medio, el soporte económico que permitirá a la sociedad cumplir su objeto para consumar su fin.

Es usual que al ser constituida la sociedad, ésta normalmente no desarrolle conjuntamente todas las actividades descriptas en el objeto estatutario, sino que irá creciendo y desarrollándose con la finalidad de alcanzar —si el mercado se lo permite— la plenitud de su objeto.

En ese marco, la función instrumental y de garantía que posee el capital social nominal, es importante al comienzo de la actividad social, debiendo existir una proporción razonable, no respecto de todas las actividades que podría realizar la sociedad, sino en punto a las actividades que va a desplegar y obligaciones que va a contraer al inicio de su vida empresarial.

Sin embargo, la contrapartida de lo señalado es la de que a medida que la sociedad avanza en el cumplimiento de su objeto y de las múltiples actividades que lo conforman, se plantea el interrogante si es necesario incrementar el capital social, en proporción al crecimiento del volumen negocial del ente.

Hay cierta doctrina que postula que cuando el monto del capital social no se adecua con el objeto social la sociedad incurre en un estado de *infracapitalización* y, por lo tanto, ante una sociedad sin garantía patrimonial de resguardo frente a los reclamos que puedan oponerle los terceros que hubiesen contratado con ella. Añade que, en tal sentido, el inc. 7º del art. 39 de la ley 24.522 (Ley de Concursos y Quiebras) establece que el síndico debe informar si los socios de la sociedad han efectuado la integración de los aportes, así como si el capital social era suficiente para cumplir con el objeto social, y agrega que si esto último no se cumple pueden ser responsabilizados tanto administradores como socios por las actividades sociales

(16) Roitman, Horacio, ob. cit., ps. 236/237.

efectuadas en estado de infracapitalización, sancionables no sólo desde el punto de vista pecuniario, sino también a través de la legislación penal(17).

No obstante, otro calificado sector relativiza dichas consecuencias, al sostener que deben distinguirse dos momentos: el de la constitución e inicio de las actividades, por un lado, y el de la sociedad ya funcionando, por otro. Así, manifiesta que al momento del inicio de las actividades —momento más que acotado en la vida de la sociedad— es cuando la función de garantía del capital social adquiere mayor relevancia, ya que en esos instantes el capital social se confunde o asimila —tal como se anticipara— con el patrimonio neto de la sociedad. Pero a partir de allí —acota— el patrimonio disminuirá o aumentará de acuerdo con los resultados de los negocios de la sociedad, los que definirán el alcance de la prenda común de los acreedores sociales. En ese contexto —según esta doctrina— la función de garantía del capital social pasa a un plano secundario, y cobra mayor relevancia la *solvencia económica* de la sociedad, o sea, que tenga un activo superior al pasivo y su *capacidad financiera*, o sea aquélla para pagar sus deudas a su vencimiento, en el curso normal de sus negocios. Son estos dos (solvencia económica y capacidad financiera) los indicadores que los terceros tendrán en cuenta al momento de contratar con una sociedad, quedando para el capital social la única función de ser un *piso* debajo del cual no podrá disminuir el patrimonio neto del ente (resultante de restar el pasivo al activo de la sociedad)(18). Desde esta perspectiva, la denominada *infracapitalización* deviene relativa.

Como fuere, no debe pasarse por alto que la LGS contiene una herramienta para combatir los casos de infracapitalización real: el párrafo 3º del art. 54, a cuyo comentario —en el punto 9 de este capítulo— se remite al lector.

8. Personalidad societaria. Consecuencias derivadas del reconocimiento de la personalidad

8.1. Personalidad societaria

Variadas son las teorías en punto a la personalidad jurídica de las sociedades comerciales.

Las principales son las siguientes:

a) Savigny: ficción legal

Considera este autor francés que la personalidad jurídica es una ficción legal permitida por el legislador para satisfacer exigencias propias del co-

---

(17) Vítolo, Daniel, *El fenómeno de la infracapitalización societaria*, IX Congreso Argentino de Derecho Societario y de la Empresa, t. 3, Advocatus, Córdoba, 1992, p. 64; Nissen, Ricardo, “La infracapitalización de sociedades y la responsabilidad de los socios”, *Revista de las Sociedades y Concursos*, nº 1, Ad-Hoc, noviembre/diciembre de 1999, p. 20.

(18) Roitman, Horacio, ob. cit., p. 239.

mercio: se reconoce la cualidad o capacidad de las personas jurídicas creadas por ley para dar respuesta a la actividad mercantil. La aceptación que efectúa el Estado sobre esta ficción legal, le otorga al ante carácter constitutivo.

b) Von Gierke: teoría orgánica, antropomorfística o de la realidad

Postula que las personas jurídicas son órganos sociales naturales que tienen, a la par del hombre, un interés y voluntad propia, y por lo tanto, diferente a sus integrantes, con una organización corporativa interna. Fundamenta que el reconocimiento de su existencia por parte del Estado es meramente declarativo, porque las personas jurídicas se exteriorizan en la realidad. Uno de los aportes más importantes de esta teoría es la noción de órgano social.

c) Hauriou - Renard: teoría de la institución

Ambos autores franceses manifiestan que la persona jurídica es una institución intermedia entre el Estado y los individuos, con la particularidad de ser duradera en el tiempo e independiente de sus integrantes, que para lograr su fin estructura una serie de órganos internos regidos bajo el principio de autoridad, lo que posibilita alcanzar su objetivo con medios de acción superiores a los sujetos constituyentes. Pueden determinarse, en general, dos caracteres específicos de la institución que convienen a la sociedad: la organización en procura de un resultado y la duración.

d) Kelsen: teoría general del derecho

Este autor austríaco sostiene que el ordenamiento jurídico puede imponer deberes y conferir derechos solamente a los seres humanos, toda vez que sólo el comportamiento humano puede ser regulado por dicho ordenamiento. Por ello, los deberes y derechos de la persona jurídica son derechos y deberes de sus miembros, pero se trata de derechos y deberes que sus miembros poseen de manera específica, distinta a aquélla que poseen derechos y deberes sin ser miembros de la corporación: se trata de la suma de algunos privilegios y algunas derogaciones de los principios comunes.

e) La LGS se inspira en la teoría *neoantropomorfista* de Francesco Ferrara que, en lo que implica una superación de las teorías existentes hasta su postulación, enseña: *i)* que la persona jurídica tiene en común con el ser humano la calidad de sujeto, *ii)* que sin embargo, la persona jurídica no es, como el ser humano un sujeto que opera en el mundo de la realidad natural, *iii)* que la persona jurídica es un sujeto en un mundo meramente formal, en el que ni siquiera el ser humano tiene ciudadanía, *iv)* que esta teoría afirma el carácter artificial —en tanto creación del ordenamiento jurídico— de la misma personalidad jurídica del ser humano: el ser humano es persona con los alcances jurídicos que ello apareja, no por naturaleza, sino por el derecho y, *v)* que, en consecuencia, la personalidad jurídica es un producto del ordenamiento jurídico y no existe ningún obstáculo para que el mismo

ordenamiento jurídico pueda atribuir subjetividad jurídica a entes no humanos, a figuras del intelecto, a entidades ideales

En consonancia con lo dispuesto por los arts. 141 y ss., CCyCN, la LGS establece en el art. 2° que "las sociedades comerciales son sujetos de derecho, con el alcance fijado por esta ley"

El sistema legal argentino, a diferencia de, por ejemplo, el francés —del que toma su inspiración— no conoce la distinción entre sociedades con y sin personalidad jurídica, estos es, de sociedades que se originan como un contrato para luego, recién luego de ser inscriptas, adquirir la personalidad jurídica. Esto sucede en el sistema francés, donde la inscripción tiene alcance constitutivo, a diferencia del argentino, donde la registración tiene efectos meramente *declarativos*.

Es decir, el mismo acuerdo de voluntades o acto constitutivo tiene como efecto característico el dar nacimiento a un sujeto de derecho, a una persona jurídica, aunque la plenitud de sus efectos —vale señalarlo— sea adquirida con la regularidad, a partir de la inscripción. A tales efectos baste recordar que el art. 7°, LGS, establece que "la sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el registro público de comercio".

Al gozar las sociedades de personalidad jurídica, existe —desde el momento de la registración— una absoluta autonomía patrimonial de la sociedad respecto del patrimonio de los socios. La sociedad, de este modo, se erige en un tercero respecto de los socios.

Sin embargo, tal como se verá en el punto 9 del capítulo, la alteridad de la sociedad respecto de quienes participan en su constitución no es absoluta, ya que para los casos en que se abuse de la personalidad jurídica, es de aplicación el art. 54, párr. 3º, LGS.

8.2. Consecuencias derivadas del reconocimiento de la personalidad

La principal derivación del reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad es la de diferenciar las calidades de este nuevo sujeto de derecho de aquellos miembros que lo componen, con el alcance previsto en la ley.

La personalidad jurídica pasa a ser, de tal modo, un privilegio brindado por el legislador que posibilita al sujeto de derecho tener una denominación, una sede y un capital propio (art. 11, LGS) y, además, lo habilita a adquirir derechos y a contraer obligaciones con responsabilidad propia a través de sus representantes (arts. 2° y 58, LGS), con las variantes derivadas de la registración, o falta de registración del ente. Recuérdese que los efectos de la inscripción de la sociedad son sólo constitutivos de la regularidad del ente, pero no de su existencia, ya que, tal como se afirmó, la sociedad nace con el acuerdo de voluntades.

9. DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD: INOPONIBILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA. ELEMENTOS NORMATIVOS DETERMINANTES DE LA INOPONIBILIDAD. GRUPOS DE CASOS DE INOPONIBILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

9.1. Desestimación de la personalidad: inoponibilidad de la persona jurídica

Conforme se expresara anteriormente, el reconocimiento de la personalidad jurídica determina la separación del patrimonio del ente ideal de los patrimonios individuales de los socios, y de las relaciones jurídicas de aquélla, con relación al patrimonio y las relaciones individuales de éstos. Esta separación es necesaria a los fines de que el ente pueda desarrollar su cometido. Sin embargo, también puede ser objeto de abusos, contra los cuales la jurisprudencia y legislación comparada han generado una serie de defensas. Entre ellas, se destaca el instituto conocido como de la *inoponibilidad de la persona jurídica*.

Es que, en algunos casos, el mantenimiento a ultranza de la separación entre la esfera individual de los socios y la común de la sociedad, introducido por el concepto de "persona jurídica", conduce a soluciones que repugnan el sentido de justicia. El hecho de que los socios sean tratados como terceros extraños respecto de la sociedad, por gozar esta de una personalidad jurídica independiente, no puede servir de pretexto o justificación para que se consume el fraude.

Cualquiera que sea el nombre que se le dé al instituto —inoponibilidad de la persona jurídica", "corrimiento" o "levantamiento del velo societario", "penetración" o "desestimación de la personalidad"— se trata de la no aplicación del principio de separación de la persona jurídica en alguno o algunos de sus aspectos.

El problema se presenta a la hora de encontrar una doctrina consistente y científicamente rigurosa que permita definir claramente los casos en los que este "levantamiento" deba ser aplicado por los tribunales. En general, el tratamiento del tema resulta en un conglomerado de situaciones más o menos definidas, que recurren a expresiones genéricas —"buena fe", "abuso de derecho", "equidad", etc. — cuya articulación aparece enmarcada con un velo de incertidumbre(19).

La reforma de la ley 22.903, dictada en el año 1983, incorporó en la LGS un tercer párrafo al art. 54, aún vigente, bajo el acápite "inoponibilidad de la persona jurídica", que expresa: "La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para vio-

---

(19) Para el desarrollo de este tema en mayor profundidad véase SALVOCHEA, C. RAMIRO, comentario al art. 144, en *Código Civil y Comercial comentado...*, cit. *supra*, ps. 337 y ss.

lar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados".

En los términos descriptos, la aplicación de la "inoponibilidad" no tiene efecto alguno sobre la "personalidad" del ente. En las palabras de Otaegui, "la imputación directa de la actuación desviada de la sociedad a los socios o controlantes que la hicieron posible, importa que dichos socios o controlantes quedan obligados personalmente por las obligaciones de la sociedad, pero ello no implica que se anule la personalidad societaria o que deba disolverse la sociedad. Es de notar que la legitimación pasiva de la sociedad (o sea su carácter de obligada frente a terceros) no desaparece en el caso de inoponibilidad de la LSC, art. 54, porque la personalidad societaria no se pierde" (20). Es que la inoponibilidad no puede en modo alguno perjudicar los derechos de los terceros de buena fe, acreedores de la sociedad.

Lo inoponible no es la personalidad jurídica, sino sus efectos patrimoniales propios. En este orden, la inoponibilidad societaria implica la desaparición de la impermeabilidad patrimonial del ente, permitiendo que se persiga directamente a los integrantes del mismo que actuaron en forma reprochable.

Estos casos de imputación directa, se enmarcan primariamente en la teoría del abuso del derecho (a través del abuso de la "persona jurídica"), en la simulación ilícita que implica la actuación de la sociedad sólo en apariencia, o también en la existencia de un control externo o interno determinante de las resoluciones de los órganos del ente en beneficio exclusivo del controlante. Ello, en la medida en que genere daños a terceros, por alteración del interés social de la empresa o del objeto de la sociedad. La variedad de situaciones englobables en los supuestos de "inoponibilidad" son la razón de que resulte tan difícil sistematizar el marco de aplicación del instituto.

Entonces, la aplicación del instituto ubica el problema en el alcance de la posibilidad de imputar, en determinadas condiciones, a socios o controlantes la actuación de la sociedad cuya personalidad jurídica se declara inoponible. Quien tenga interés en esa declaración puede derivarlo de un vínculo jurídico con la sociedad, o de un vínculo con el socio o controlante de la sociedad. Además —excepcionalmente—, podrá ser la propia sociedad quien tenga interés en la declaración de inoponibilidad, en su propio beneficio, a los fines de hacerse imputar derechos que aparecen como en cabeza de sus socios o controlantes.

En cualquier caso, la aplicación del instituto por parte de la jurisprudencia es —y debe ser— de carácter restrictivo. Ello surge de la necesaria

(20) Otaegui, Julio C., "Inoponibilidad de la personalidad", en *Anomalías societarias*, Advocatus, Córdoba, 1992, p. 81.

prudencia que debe guardarse en supuestos como el presente en el que se encuentran enfrentados dos valores superiores del ordenamiento jurídico, como la seguridad jurídica, por una parte, y la justicia por la otra.

La seguridad jurídica se encuentra en el mantenimiento de reglas claras en el establecimiento de los derechos y obligaciones (especialmente responsabilidades) vinculados a la utilización de la "persona jurídica" como herramienta del derecho. El quiebre asistemático del principio de división patrimonial, y de la limitación de la responsabilidad asociada a la misma, puede generar una seria incertidumbre en la realización de negocios jurídicos. Pero, por otra parte, la utilización abusiva de la personalidad del ente ideal puede dar lugar a resultados puntuales disvaliosos.

El art. 54 de la ley societaria ordena *imputar* la actuación de la sociedad cuya personalidad se declara inoponible, directamente a sus socios o controlantes. En igual sentido, el art. 144 del Código Unificado expresa que "la actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados...". Al aludir a imputación, se refiere a la "mecánica mediante la cual la ley atribuye un hecho, acto o situación jurídica a determinada persona, fijando a tal fin diversos recaudos, variables según el supuesto" (21).

9.2. Elementos normativos determinantes de la inoponibilidad

9.2.1. La actuación

La actuación a la que se refiere el art. 54, LGS, no necesariamente se refiere a un acto intrínsecamente ilícito. El acto o serie de actos, puede ser lícito, pero lo importante es que la finalidad del o los mismos sea ilícita. Esta ilicitud —que en la mayoría de los supuestos será intencional— estará en el propósito de la actuación al perseguir el resto de los elementos, la "consecución de fines extrasocietarios", la "violación de la ley, el orden público o la buena fe", o la "frustración de derechos de terceros".

9.2.2. Consecución de fines extrasocietarios

Como se expresara en el punto anterior, la actuación objetada deberá estar destinada a propósitos considerados ilícitos a los fines de que el instituto sea aplicable. El primer caso lo da *"la actuación que encubra la consecución de fines extrasocietarios"*: la aplicación de la sanción de "inoponibilidad" re-

(21) Zaldívar, Enrique, ob. cit., p. 131.

querirá una dicotomía entre el propósito planteado desde la actuación de la sociedad, y el propósito real, ilícito, que si bien no requerirá una acción positiva de ocultamiento, difícilmente será abiertamente declarada.

9.2.3. Recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe

La norma se refiere al caso en que el ente en sí, o su actuación, se utilicen para violar la ley, o en fraude a ésta. Es el caso, de la violación de la legítima a través de la transferencia ficticia de activos al patrimonio de entes societarios, que desaparecen —así—del patrimonio del causante, en perjuicio de algunos de sus herederos forzosos.

El orden público atañe al conjunto de condiciones fundamentales que inspiran el mantenimiento de la organización social de la Argentina, y que por afectar centralmente a la misma, no pueden ser alteradas por la voluntad individual: el orden público hace a los valores permanentes del Estado.

La buena fe, por su parte, es un principio general del sistema jurídico que tiene proyección en todas las instituciones del derecho privado (actualmente receptado en el art. 9°, CCyCN). Queda descartado el supuesto de actuación de mala fe por parte de la sociedad. En este caso, no corresponderá la aplicación de la "inoponibilidad", y la sociedad será, si corresponde, sancionada conforme al régimen general. El que actúa de mala fe, en el caso, es el sujeto cuyo accionar está siendo observado (el del socio o controlante).

9.2.4. Frustrar derechos de terceros

La frustración de derechos de terceros constituye un accionar en perjuicio de éstos. Comprende la frustración de derechos derivados de cualquier fuente, incluyendo los casos más comunes de ocultación de bienes frente a los acreedores, en perjuicio del cónyuge en la división de sociedad conyugal, o del fisco, en materia tributaria. Pero no se limita a estos casos, sino que pueden incluirse aquí todos aquellos en los que la "persona jurídica" se utiliza para impedir, mediante su interposición, el ejercicio de derechos legítimos de cualquier tipo, por parte de los terceros.

9.3. Grupos de casos de inoponibilidad de la persona jurídica

Para concluir el tratamiento del tema, resulta necesario agrupar en forma sistematizada los supuestos fácticos que han dado lugar a la aplicación de esta herramienta jurídica.

9.3.1. Identidad de dirección o confusión de patrimonios

La doctrina alemana diferencia los supuestos de imposibilidad de distinguir exteriormente la separación en la actuación entre la persona jurídi-

ca y la persona de sus socios o controlantes, que trae como consecuencia el no poder reconocer si un determinado acto es imputable a la sociedad o a sus socios o controlantes. Se trata del caso de la "confusión inescindible de patrimonios".

Tanto en el supuesto de confusión de esferas, como en el de patrimonios, es posible verificar que la "persona jurídica" se está utilizando para fines para los que no ha sido concebida. Generalmente, eludir la responsabilidad frente a terceros.

9.3.2. Dirección o control efectivo externo

Se trata de casos en los que la voluntad de la sociedad controlada es la voluntad de la sociedad controlante, por lo que la primera no perseguirá sus propios intereses, sino que su actuación estará dirigida a satisfacer intereses ajenos a ella: los de su sociedad dominante. La aplicación de la doctrina de la "inoponibilidad" en estos casos lleva a la responsabilidad de la sociedad controlante frente a las deudas de la controlada.

Es dable remarcar que este supuesto se configura especialmente en los grupos de empresas. En efecto, en estos casos en los que una o más empresas dependen de otra, la dominante, en cuanto a que existe una dirección económica única en cabeza de esta última, que determina la dirección de la actuación de las que de ella dependen, el interés grupal puede no coincidir con el interés de cada una de las "personas jurídicas" integrantes de dicho grupo.

9.3.3. Infracapitalización

Cabe distinguir los supuestos de infracapitalización material y nominal. La primera se produce cuando los socios no dotan a la sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para llevar a cabo el objeto social. En cambio, la infracapitalización nominal se refiere a la hipótesis en que la sociedad cuenta con los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social, pero las necesidades de fondos propios se financian con créditos provenientes de los mismos socios.

Mientras que la infracapitalización material puede dar lugar a responsabilidad de los administradores, e incluso al levantamiento del velo de la persona jurídica, haciendo responder personalmente a los socios, la infracapitalización nominal requiere más bien la recalificación por parte de la ley o de la justicia de los recursos aportados en concepto de créditos, asumiéndolos como fondos o capital propios de la "persona jurídica".

En definitiva, se trata del levantamiento del beneficio que implica la limitación de la responsabilidad limitada, al hacer patrimonialmente responsable al socio o controlante frente a las deudas asumidas formalmente por la sociedad infracapitalizada.

9.3.4. Abuso de la personalidad en fraude de ley o de terceros

Se trata del caso del abuso de la forma jurídica mediante la utilización de la "persona jurídica" como cubierta para eludir la aplicación de otra norma, consiguiéndose —así— un resultado contrario al ordenamiento jurídico, injusto o dañoso para terceros. La norma eludida puede ser cualquiera, incluyendo aquellas de origen contractual.

Existen numerosos ejemplos de la aplicación de esta doctrina en casos de fraude a la sociedad conyugal mediante la ocultación de bienes a través de su transferencia a patrimonios de sociedades constituidas a dicho efecto. También supuestos de fraude a terceros mediante la insolvencia fraudulenta de los socios a través del uso de sociedades para esconder dichos bienes, entre muchos otros.

10. La personalidad de las sociedades en formación, subsanables y en liquidación

Conforme se refiriera, es a partir del acuerdo de voluntad de las partes que la sociedad adquiere su existencia, sin requerir de la inscripción o publicación del negocio constitutivo.

Sin embargo, la ley prevé ciertas situaciones especiales en las que resulta conveniente efectuar ciertas especificaciones en torno a la personalidad de la sociedad implicada.

Ellos son:

a) Sociedades en formación

Desde el momento de suscripción del acto constitutivo y hasta la culminación del proceso de inscripción, la sociedad será una sociedad en formación (art. 183, LGS). Es decir, es aquella que adopta y ejecuta todas las formalidades exigidas por la ley y que se encuentran cumpliendo el trámite de inscripción registral.

La sociedad en formación tiene los mismos alcances de la personalidad jurídica adquirida desde el momento de la suscripción del acto constitutivo, con la particularidad que, hasta el momento de la registración, puede realizar dos clases de actos: por un lado, los relativos a concluir el trámite constitutivo de la sociedad, y por otro, los concernientes al cumplimiento del objeto social especificado en el contrato social. Consiguientemente, durante el período constitutivo, la sociedad en formación ve acotado el ámbito de actuación del art. 58, LGS, ya que, sin perjuicio de los actos necesarios para su constitución, su capacidad no será la requerida para realizar actos que no sean notoriamente extraños al objeto social, sino únicamente aquella demandada para concretar actos concernientes al objeto social, autorizados en forma expresa en el acto de constitución de la sociedad.

b) Sociedades subsanables

Las sociedades subsanables, cuenten o no con instrumento constitutivo escrito, son personas jurídicas desde el momento de su nacimiento (art. 2°, LGS).

No obstante, el alcance de dicha personalidad es precario y limitado. Precario, porque cualquiera de sus socios puede solicitar su disolución en cualquier momento (art. 22, párr. 3º, LGS, reformado por ley 26.994) y es restringida, porque no produce la plenitud de los efectos normales de la sociedad regularmente constituida.

c) Sociedades en liquidación

Sobre la naturaleza de las sociedades en estado de liquidación se han ensayado distintas teorías, aunque la que predomina en la materia —con motivo de lo establecido expresamente en el art. 101, LSC— es la denominada "teoría de la identidad", según la cual la personalidad jurídica de la sociedad implicada se mantiene inmutable durante todo el proceso de liquidación.

La modificación se genera en punto a las actividades inherentes al objeto social, ya que el ente únicamente continúa en funcionamiento en pos de enajenar sus activos con el fin de cancelar los pasivos y repartir los remanentes, si existiesen, entre los socios. Existe, pues, continuidad en el sujeto de derecho para poder culminar el proceso de extinción de la persona jurídica.

Lo precedente obliga a concluir que en el ordenamiento nacional, de la disolución no nace una nueva sociedad sucesora de la anterior, ni se crea una simple comunidad. Aunque la sociedad esté disuelta, se tratará siempre de la misma persona jurídica.

SÍNTESIS

1) Conforme al art. 1°, LGS, la sociedad regular puede ser constituida por una o más personas. En el caso de unipersonalidad constitutiva, únicamente puede emplearse el tipo SA, que de este modo, pasará a emplear la sigla SAU.

2) Una SAU no puede constituir otra SAU (art. 1°, LGS, última parte).

3) La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal, si no se decidiera otra solución en el término de 3 meses.

4) La empresa es la organización económica de bienes y servicios destinada a su producción o intercambio. Se erige en un complejo fáctico diná-

mico que une al capital y al trabajo, en el que confluyen bienes materiales e inmateriales sin que ello signifique constituir, de modo alguno, un sujeto de derecho.

5) La empresa tiene como titular a un sujeto, que puede ser, una persona o una persona jurídica.

6) En lo que respecta al compromiso patrimonial asumido por el empresario individual/persona física, tres son las modalidades —dependiendo de los alcances de la legislación que se examine— bajo las cuales puede desarrollar su actividad empresarial sin necesidad de asociarse con otro sujeto: *a)* como titular único de una hacienda empresaria, por cuyo resultado en la explotación —en la hipótesis de ser negativo— responde en forma *ilimitada* con su patrimonio personal; *b)* como sujeto titular de uno o más patrimonios de afectación, ligados exclusivamente al cumplimiento del objeto para el cual son constituidos (por ejemplo, el caso de uno o más fideicomisos o, tal como acontece en otros países, de una o más empresas individuales con responsabilidad limitada), y *c)* como socio de una sociedad unipersonal, por la cual limita su responsabilidad al capital aportado.

7) Para que la sociedad sea considerada "regular", debe cumplir con los recaudos del tipo social adoptado (tipicidad) y con la pertinente inscripción registral, que confiere la susodicha regularidad, normada en el art. 7°, LGS.

8) Las estipulaciones necesarias del contrato social se hallan reguladas en el art. 11, LGS.

9) En la organización interna de una sociedad debe preverse el funcionamiento de los distintos órganos sociales, cada uno con determinadas funciones: *i)* el *órgano de gobierno*, *ii)* el *órgano de administración*, y *iii)* el *órgano de fiscalización*. He aquí el cuadro esquemático propuesto:

	ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN	**ÓRGANO DE GOBIERNO**	**ÓRGANO DE FISCALIZACIÓN**
SOCIEDADES DE PERSONAS	Socios o terceros, según el caso	Reunión de socios	Socios
SRL	Gerencia	Reunión de socios/ Asamblea	Socios/ sindicatura o Consejo de Vigilancia
SA y SCA	Directorio	Asamblea	Socios/ sindicatura o Consejo de Vigilancia

10) Las cláusulas tipificantes son aquellas que caracterizan cada tipo social, usualmente referidos al régimen de responsabilidad de cada socio, las participaciones societarias y la estructura de los órganos, en función del tipo escogido. Las cláusulas no tipificantes son las comunes a todas las sociedades, que no son determinantes de la tipología y cuya ausencia no se encuentra suplida por disposición legal alguna. Están enunciadas en el art. 11, LSC.

11) Tres son las funciones del capital social*: a) de garantía*, *b) organizativa*, *c) de productividad*.

12) Las estipulaciones nulas del contrato de sociedad se hallan pautadas en el art. 13, LGS, y fueron previstas por el legislador para proteger la buena fe y la lealtad que debe gobernar las relaciones entre los socios y entre éstos y la sociedad.

13) La doctrina no es unánime en punto a la esencialidad de la *affectio societatis* para la existencia de la sociedad.

14) El *domicilio* es un atributo de la personalidad jurídica de las sociedades y más precisamente el domicilio legal, entendido como aquélla jurisdicción donde se constituye la persona jurídica. La *sede social*, en cambio, es el lugar más conveniente para el efectivo funcionamiento de los órganos sociales, aunque el patrimonio o los establecimientos se hallaren en otro lugar o lugares, y debe estar ubicada dentro del domicilio de la sociedad. Se relaciona con la calle, número, ciudad y municipio o partido donde funciona.

15) La *denominación social*, sea subjetiva u objetiva, es empleada en cualquiera de los tipos sociales existentes, sean de capital o de interés. Es una indicación que sólo sirve para identificar la persona jurídica constituida como sociedad, a diferencia de la razón social que también indica responsabilidad de los socios. La denominación se construye con cualquier nombre, que puede ser de fantasía (en este caso se estará en presencia de una denominación objetiva) o de alguna persona (denominación subjetiva).

16) En las sociedades personalistas y en la sociedad en comandita por acciones (SCA) la sociedad podrá actuar bajo una *razón social*, que se formará con el nombre de alguno, algunos o todos los socios y contendrá las palabras "y compañía" o su abreviatura, si en ella no figurasen los nombres de todos los socios. Tal exigencia —contenida en los arts. 126 y 317, LGS— tiene por objeto indicar la responsabilidad ilimitada, solidaria y subsidiaria de los socios, además de revelar el tipo societario con el que se vinculan los terceros.

17) El nombre comercial se diferencia del nombre social en que el primero se utiliza para identificar el establecimiento comercial o industrial con el cual el empresario se manifiesta en el mundo de los negocios. Su problemática es ajena a la normativa societaria, no obstante lo cual goza de crédito y adquiere, por ello —para la sociedad—, derechos y obligaciones.

18) El objeto del contrato de sociedad debe ser preciso y determinado, además de lícito, no prohibido y posible. El cumplimiento del objeto social puede comprender distintas actividades relacionadas.

19) La LGS contiene una herramienta para combatir los casos de infracapitalización real el párr. 3º del art. 54, LGS (que regula lo atinente a la desestimación de los efectos de la personalidad societaria).

20) En lo que hace a la personalidad societaria, la LGS se inspira en la teoría *neoantropomorfista* de Francesco Ferrara.

21) La teoría de la desestimación de los efectos de la personalidad societaria establece que la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, es imputable directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

22) La *sociedad en formación* tiene los mismos alcances de la personalidad jurídica adquirida desde el momento de la suscripción del acto constitutivo, con la particularidad de que, hasta el momento de la registración, puede realizar dos clases de actos: por un lado aquéllos relativos a concluir el trámite constitutivo de la sociedad, y por otro los concernientes al cumplimiento del objeto social especificado en el contrato social.

23) Las *sociedades subsanables*, cuenten o no con instrumento constitutivo escrito, son personas jurídicas desde el momento de su nacimiento (art. 2°, LGS).

24) Respecto de las sociedades en liquidación, su personalidad jurídica se mantiene inmutable durante todo ese estado, hasta su cancelación.

Capítulo VII

Capital social. Aportes

Por C. Ramiro Salvochea[1]

Sumario: 1. El capital social: funciones e importancia actual. 1.1. Conceptualización. 1.2. Función del capital social.— 2. Capital y patrimonio de la sociedad: distinción. Principios de ordenamiento del capital. 2.1. Capital y patrimonio. 2.2. Principios ordenadores. 2.3. Evolución posterior y deformación del concepto “capital social”. 2.4. Crítica al instituto “capital social”. Alternativas y derecho comparado.— 3. Formación del capital social: bienes aportables. Aportes de obligaciones de dar y de obligaciones de hacer. Aportes en propiedad o en uso y goce. Mora en el aporte. Exigibilidad. 3.1. Aportes. Bienes aportables. 3.2. Mora en el aporte. Exigibilidad. 3.3. Bienes aportables según el tipo societario.— 4. Aporte de bienes registrables: requisitos que deberán cumplirse. Aporte de derechos. Aporte de créditos. Aporte de bienes gravados. Garantía por evicción y vicios redhibitorios. 4.1. Bienes registrables. Inscripción preventiva. 4.2. Aporte de derechos. 4.3. Aporte de créditos. 4.4. Aporte de bienes gravados. 4.5. Aporte de fondo de comercio. 4.6. Garantía por evicción y vicios redhibitorios. 4.7. Valuación de los aportes.— 5. Infracapitalización. Concepto.— 6. Prestaciones accesorias: concepto y contenido; requisitos que deberán reunir.— Síntesis.

1. El capital social: funciones e importancia actual

1.1. Conceptualización

El art. 11 de la Ley de Sociedades establece la obligatoriedad del “capital social” como elemento esencial no tipificante de las mismas. El capital es libremente fijado por los fundadores, si bien esta facultad presenta limitaciones por la existencia de topes mínimos y de la necesaria de correlación entre el capital y el objeto previsto para la sociedad. El importe fijado debe estar consignado, necesariamente, en el contrato de sociedad, el que debe

---

(1) Abogado, LLMM University of Texas at Austin. Máster en Derecho, Universidad de Palermo. Profesor adjunto (r), Facultad de Ciencias Económicas, UBA y profesor de la Universidad de San Andrés.

expresar el mismo en moneda argentina, y mencionar el aporte a realizar por cada socio.

El "capital social" es un instituto que se encuentra en la base misma de la regulación normativa vigente en materia de sociedades. Fue creada por el legislador como contrapartida de la limitación de responsabilidad de los socios(2) y para facilitar el crédito comercial de la empresa, y tiene su origen a comienzos del siglo XIX, junto con la idea de limitación de responsabilidad(3). Por eso su tratamiento es más profundo en materia de sociedades de capital. Constituye el fondo común inicial con el que la sociedad comenzará sus actividades, sin el cual no puede hablarse de "sociedad". Además, es uno de los atributos de la personalidad jurídica de que goza el sujeto de derecho, y cumple un rol fundamental en la medida en que pretende constituir la garantía con la que cuentan los terceros para satisfacer el cobro de sus acreencias(4).

Los socios, al momento de constituir la sociedad, deben "suscribir" la totalidad del capital. Esto es, deben asignarse la totalidad del mismo, comprometiéndose a realizar aportes en bienes que resulten —por lo menos— de un valor equivalente al fijado como valor nominal para el capital. Los socios deben también "integrar" dichos aportes, es decir, pagar los mismos mediante la transferencia de su propiedad a la sociedad. Estos activos serán los primeros en ingresar al patrimonio social, convirtiéndose en el punto de partida de la inversión necesaria para que la empresa inicie su actividad.

Ahora bien, la expresión "capital" resulta un término "análogo", ya que es susceptible de diversas acepciones. En efecto, no se identifica la expresión utilizada en el lenguaje común con el término técnico contable, ni éste con el tecnicismo jurídico. Debe diferenciarse el "capital social" de las nociones económicas de "capital", como factor de la producción, o de "capital de trabajo", o "de giro", noción vinculada al importe requerido para la evolución periódica de los negocios de la sociedad hasta el retorno de las ventas. El "capital social" es un dato del contrato, un valor estático incorporado a la letra del documento constitutivo que tiene una funcionalidad jurídica particular, vinculada, sí, a la circulación de riqueza hacia y desde la sociedad. Pero no identificada con esa noción. Es una noción contable de especial interés jurídico(5). Pero la caracterización del "capital social" para el derecho ha presentado muchas dificultades. Numerosas han sido las definiciones y

---

(2) Conf. Ripert, George, *Tratado elemental de derecho comercial*, t. II, Sociedades, TEA, Buenos Aires, 1954. p. 235.

(3) Ascarelli, Tullio, *Sociedades y asociaciones comerciales*, Buenos Aires, 1947, p. 74.

(4) Nissen, Ricardo A., *La pérdida del capital social como causal de disolución de las sociedades comerciales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 31.

(5) Zaldívar, Enrique - Manóvil, Rafael - Ragazzi, Guillermo - Rovira, Alfredo, *Cuadernos de derecho societario*, t. II, 2ª parte, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 112.

las posturas que se han asumido sobre el particular. A fin de simplificar el problema, resulta posible identificar tres grandes corrientes de opinión:

Para un primer sector, el capital está asociado indisolublemente a los aportes de los socios, representando simplemente un valor equivalente a la *sumatoria de los mismos*, o bien la expresión monetaria del valor asignado a ellos al momento de la constitución de la sociedad[6]. Sin embargo, esta posición es susceptible de numerosas críticas. A poco de ver, es posible verificar que no existe correspondencia necesaria entre ambos conceptos. En efecto, es posible constatar fácticamente supuestos en los que no se verifica esta equivalencia entre "aportes" y "capital social". Así, por ejemplo, la emisión de acciones "con prima", en la que los socios suscriptores de acciones entregan un aporte que es superior al valor nominal del capital social que suscriben, ya que satisfacen un sobreprecio sobre las mismas que incrementa más el patrimonio de la sociedad que lo que eleva su capital. También el caso de la reducción de capital impuesta forzosamente por el art. 206 de la Ley de Sociedades ante la verificación de pérdidas patrimoniales significativas, en donde dicha disminución de la cifra capital no conlleva devolución de aportes a los socios. Finalmente, podemos mencionar el caso de aumento de capital con cargo a reservas o utilidades, supuesto en el que no se verifica aporte efectivo alguno de los socios que respalde paralelamente al aumento del capital.

Sin perjuicio de estos supuestos de hecho en los que es posible verificar la imprecisión de esta definición, nos adherimos a lo manifestado por Antonio Pérez de la Cruz en cuanto a que primero los socios determinan el monto del capital social, y posteriormente en el orden lógico, realizan sus aportes hasta la cifra de aquél[7].

Para otros, en cambio, se trata de un *concepto exclusivamente jurídico*, un valor abstracto y formal, una cifra permanente de la contabilidad que indica la cifra de patrimonio efectivo mínimo que debe existir en la sociedad[8]. Esta posición es llamada por Verly "concepción abstracta o nominalista", ya que fundamenta su conceptualización a partir de la distinción entre el capital y el patrimonio de la sociedad. Para esta doctrina, mientras el patrimonio es la expresión de una realidad tangible, un conjunto efectivo de activos, continuamente variable en su composición, el capital es, contrariamente, una noción abstracta, un instituto meramente contable y que no presenta correspondencia alguna con el patrimonio de la sociedad. Es Vivante

---

(6) Leonhart, Carolina, *Capital social e infracapitalización. La responsabilidad limitada y un capital de riesgo suficiente*. Colección Temas de Derecho Empresario de la Universidad Austral, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 29.

(7) Pérez de la Cruz Blanco, Antonio, *La reducción del capital en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1973, ps. 25 y ss., citado por Verly, Hernán, ob. cit., p. 761.

(8) Ver, por ejemplo: Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, t. V, Buenos Aires, 1955, ps. 392 y ss.

uno de los más importantes exponentes de esta posición[9]. Sin perjuicio de su corrección conceptual, esta definición no permite dar al capital social el real alcance que dicha noción pretende. Así, se ha criticado que tal definición es incompatible con ciertos conceptos que consagran una visión del capital con mayor contenido patrimonial, como es el caso de la obligación de los socios de integrar los aportes comprometidos, situación legalmente prevista que dota de contenido tangible a este puro valor abstracto[10].

Finalmente, otros autores, a fin de superar las críticas formuladas a las teorías descriptas anteriormente, buscan un acercamiento entre ambas tendencias, *distinguiendo* un aspecto *nominal* y un aspecto *real* de capital. Es la llamada "concepción dualista". Desde el punto de vista nominal, se refieren al capital como al importe mínimo al cual debe ascender el activo neto de la sociedad, mientras que desde un punto de vista real, se refieren a la porción del patrimonio neto del cual la sociedad no puede disponer, por cuanto está destinada a servir de cobertura del importe nominal del capital[11].

Sin perjuicio de la definición que se pretenda otorgar al concepto de capital social, es indudable que en nuestro derecho constituye un elemento fundacional y funcional de la mayor relevancia en las sociedades modernas. El capital social representa la cifra matemática y estática, representativa de una porción del patrimonio de la sociedad, la que actúa como un dato referencial, un monto nominal que sólo puede modificarse legítimamente cumpliendo con los requisitos que la ley impone.

1.2. Función del capital social

Doctrinariamente, se atribuye al capital social tres funciones básicas:

1.2.1. Función de garantía

Ésta es, sin duda, la función más importante que históricamente se atribuyó al capital social. Se cumple porque actúa como una "cifra de retención" del patrimonio social que impide que los socios, como tales, puedan ejercer derechos sobre ese conjunto de bienes más allá de la barrera que implica su valor nominal. Así, el capital se convierte en una cifra de responsabilidad frente a los terceros que todas las normas tienden a tutelar por medio del *principio de intangibilidad*, principio que se expresa a través de una serie de previsiones normativas cuyo fin es garantizar la integridad e invariabilidad del "número" capital. De lo que se trata es de la instrumentación de la obli-

---

(9) Verly, Hernán, ob. cit., p. 761.

(10) Verly, Hernán, ob. cit., p. 761, parafraseando a Pérez de la Cruz Blanco, Antonio, ob. cit.

(11) Olivera García, Ricardo, "La crisis del concepto de capital social", *Revista de Derecho Comercial*, nro. 32, ps. 369 y ss, Depalma, Buenos Aires, 1999.

gación legal de mantener el valor del activo de la sociedad por sobre el valor de su pasivo, en una cuantía por lo menos igual a la cifra de capital. Así, no es suficiente que el activo social alcance a cubrir las deudas frente a terceros. Además, se exige que sea superior, alcanzando por lo menos el mínimo del valor del capital social [12].

Así, se ha calificado al capital social como un "patrimonio líquido", como "la parte de activo libre", como una "línea de retención trazada en el activo" [13], como un dique que contiene las aguas (elementos del activo) hasta que el activo supera el nivel del dique, momento a partir del cual, el agua que lo exceda será en beneficio de los socios (dividendos) [14], han expresado que "actúa como el fiel de una balanza entre los derechos de los socios y los de los acreedores" [15], etc. Se reconoce, asimismo, que esta función es axiológicamente aquella razón que dio origen al instituto. A falta de otros medios, y frente a la invención de sociedades en las que los socios veían limitada su responsabilidad, se creó el capital social a fin de hacer conocer el crédito de la sociedad a los terceros.

La idea de "garantía" no es del todo correcta, ya que no involucra a un grupo específico de bienes, sino que sólo se refiere a la constitución de una estructura interna que busca mantener la solvencia de la sociedad a lo largo de su vida, impidiendo que los socios se "repaguen" sus aportes, eliminando la base patrimonial puesta al servicio de la inversión.

1.2.2. Función de organización

El capital social opera también como un parámetro de los derechos y obligaciones de los socios y de su situación frente a los terceros. Así, la participación porcentual de cada socio o accionista en la sociedad será igual al cociente resultante de dividir el valor nominal de su participación por el valor "capital social". El resultado porcentual mostrará el alcance de los derechos políticos y económicos de los socios frente a la sociedad.

Conforme a lo manifestado por Gay de Montella: "...si bien el capital social es denominación de carácter inmaterial diferenciada del poder económico latente en el capital dinero, este concepto inmaterial exige una representación y una fragmentación para poder pasar tangiblemente a manos de los socios partícipes del mismo; representación que se concreta en la llamada acción, considerada como una parte alícuota del capital" [16].

---

(12) Verly, Hernán, ob. cit., p. 765.

(13) Thaller, "De l'augmentation du capital par transformation en actives, soit du passif, soit des reserves de la société", *Ann. Dr. Comm.*, 1907, p. 177.

(14) Garrigues, Joaquín, *Tratado de derecho mercantil*, t. I-2, Madrid, 1947, ps. 636 y ss.

(15) Olivera García, Ricardo, ob. cit., p. 376.

(16) Gay de Montella, *Tratado de sociedades anónimas*, p. 175, citado por Sasot Betes, Miguel, *Acciones, bonos*, debentures *y obligaciones negociables*, Ábaco, Buenos Aires, 1985. Esta cita es recordada por Verly, Hernán, ob. cit.

1.2.3. Función de productividad

Finalmente, la doctrina alude a una misión básica y originaria del capital en cuanto a que sirve de fondo patrimonial para la obtención de beneficios, mediante una determinada actividad empresarial. Por esta razón, se sostiene la necesidad de la existencia necesaria de una relación mínima entre el objeto que la sociedad se propone desarrollar y los recursos aportados por los socios para ello.

En caso en que dicha suficiencia no se verifica, se estará ante una infracapitalización de la sociedad. Podrá comprobarse un supuesto de infracapitalización real, es decir, la falta efectiva de recursos económicos propios o ajenos que permitan sustentar la actividad económica a desarrollar por la sociedad —supuesto de detección muy compleja—; o podrá tratarse de una infracapitalización nominal, caso en que, si bien la sociedad cuenta con recursos suficientes, éstos no han ingresado a la sociedad como aportes efectivos, como sería necesario.

2. Capital y patrimonio de la sociedad: distinción. Principios de ordenamiento del capital

2.1. Capital y patrimonio

Requiere especial cuidado distinguir el “capital social” del “patrimonio” social. Mientras que el primero se refiere a esa cifra estática, colocada en el contrato social, este último, atributo de la persona jurídica, se identifica con el conjunto de derechos y obligaciones de valor pecuniario pertenecientes a la sociedad.

Es cierto que —normalmente— en el momento fundacional, capital y patrimonio podrán identificarse, ya que los únicos activos del ente serán los aportes prometidos por los socios y no existirán deudas de ninguna clase, pero esa coincidencia inicial desaparecerá en cuanto la sociedad inicie su actividad económica, ya que las vicisitudes de la empresa repercutirán necesariamente sobre el patrimonio de la entidad aumentándolo o disminuyéndolo. La cifra capital, frío número colocado en el contrato, permanecerá —en cambio— indiferente a dichas vicisitudes, y sólo podrá ser modificada mediando una decisión orgánica interna del órgano de gobierno del ente.

De todos modos, la relación entre la cifra “capital” y el valor patrimonial acusará la situación económica de la sociedad. A medida que el valor del patrimonio rebase la cifra “capital”, la situación de la misma será más sólida. En cambio, el caso contrario significará que las pérdidas han ido absorbiendo los fondos aportados por los socios en concepto de “capital” (17). El art. 206

(17) Uría, Rodrigo - Menéndez, Aurelio - García de Enterría, Javier, “La sociedad anónima. Principios fundamentales”, en *Curso de derecho mercantil*, t. I, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 817.

de la Ley de Sociedades pone un tope a esta eventual situación deficitaria de las sociedades anónimas al establecer la necesidad de recurrir a una reducción obligatoria de capital en caso de que las pérdidas insuman las reservas y el cincuenta por ciento o más del capital, a no ser que éste se aumente (con nuevos aportes de los socios), equilibrando nuevamente la relación, o que las pérdidas se “enjuguen” con fondos frescos.

2.2. Principios ordenadores

La utilidad del capital social, especialmente como elemento de garantía, requiere de una serie de reglas que se han denominado de “regulación del capital social” (18). Si bien no hay uniformidad sobre los mismos, podemos mencionar los siguientes:

2.2.1. Principio de determinación del capital social

La determinación del capital social establece la necesidad de que el mismo sea un dato incorporado al contrato de sociedad. La determinación del “capital social” es, por ello, un elemento esencial no tipificante de la sociedad, adquiriendo el carácter de cláusula obligatoria de su instrumento constitutivo (19). El capital es, además, único, ya que toda sociedad tiene uno y sólo un capital social. Dicha determinación debe hacerse en moneda de curso legal. También es consecuencia de este principio la exigencia de valuación de los aportes no dinerarios, así como las reglas a las que debe ajustarse la misma (20).

2.2.2. Principio de invariabilidad del capital social

Como ya fuera expresado, nuestra legislación ha receptado la función de garantía en una serie de normas que tienen a proteger su integridad, encaminadas a impedir que el patrimonio de la sociedad sea inferior al capital social, en atención a que los acreedores confían en que éste es la cifra mínima de patrimonio que garantiza el cobro de sus créditos. La “invariabilidad” del capital determina la necesaria estabilidad del mismo, lo que implica su inmodificabilidad. Es decir, la rigidez formal de su número nominal. Así, el capital no se modifica en forma natural o automática, sino que requiere de una decisión expresa del órgano de gobierno de la sociedad, y previo cumplimiento de una serie de requisitos y ritos impuestos legalmente.

Esto permite ver clara la diferencia entre patrimonio y capital social: mientras el primero varía en forma natural, fruto del movimiento patrimonial derivado de la actividad económica, el segundo es invariable en la

---

(18) Nissen, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales*, t. I, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 166.

(19) Conf. art. 11 inc. 4º, ley 19.550.

(20) Verly, Hernán, ob. cit., p. 763.

medida en que no exista una voluntad social dirigida a la modificación de su número, y en la medida en que se cumplan con los requisitos legales necesarios al efecto.

2.2.3. Principio de intangibilidad del capital social

Este principio complementa al anterior, ya que impide con una serie de normas contenidas en la Ley de Sociedades, y caracterizadas como de "orden público", la pérdida del valor efectivo del instituto. Lo que se busca es el mantener la relación que debe existir entre el patrimonio y el valor nominal del capital social.

Algunos ejemplos de normas, a través de las cuales se consagra este principio, son: el art. 32, que prohíbe las participaciones recíprocas entre sociedades; el art. 53, que exige la integración de la diferencia al socio, cuando hubiere integrado un bien por un valor superior a su valuación; el art. 63, en cuanto incluye en el pasivo del balance el capital social y las reservas; el art. 68, al subordinar la percepción de las utilidades a la existencia de ganancias realizadas y líquidas, resultantes de un balance confeccionado en forma legal y aprobado por los socios; el art. 71, que prohíbe la distribución de utilidades hasta tanto no se cubran las pérdidas de ejercicios posteriores; el art. 202, que sanciona con la nulidad la emisión de acciones bajo la par; los arts. 205 y 206, que autorizan a la asamblea extraordinaria de accionistas a resolver la reducción del capital en razón de las pérdidas sufridas por la entidad, a los efectos de restablecer el equilibrio entre capital y patrimonio, etcétera.

Ricardo Nissen destaca que por aplicación del principio de intangibilidad del capital social se ha rechazado, como parte del control de legalidad efectuado por la autoridad de contralor, cláusulas que autorizan a los socios a efectuar retiros a cuenta con imputación a cuentas particulares, en el entendimiento de que, al permitir la distribución de beneficios sin la existencia de ganancias realizadas y líquidas, se afecta el principio expuesto, por aplicación de lo dispuesto por el art. 68, ya citado[(21)].

2.2.4. Principio de efectividad o correspondencia

Este principio se refiere a la necesaria correspondencia del capital social a los bienes efectivos que constituyen el patrimonio. La función de capital exige que el patrimonio no baje de la línea trazada por aquél. Este principio es válido tanto en la valuación de los aportes realizados en el momento constitutivo de la sociedad, como también con relación a los prometidos en función de subsiguientes aumento del capital social.

Son numerosas las normas a través de las cuales este principio se expresa: por ejemplo, el art. 186, que exige la suscripción total del capital al

---

(21) Nissen, Ricardo A., *Ley de Sociedades...*, cit., p. 168.

tiempo de la constitución de las sociedades anónimas; el art. 187, que señala los requisitos mínimos de su integración; el art. 202 que determina la nulidad de la emisión de acciones "bajo la par"; el art. 190, que autoriza la emisión de nuevas acciones sólo cuando las anteriores ya han sido suscriptas; el art. 223, que consagra la posibilidad de amortizar las acciones; también el 224, que declara lícita la distribución de dividendos o el pago de interés a los accionistas sólo si resultan de ganancias realizadas y líquidas, emanadas de un balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado, etcétera.

2.2.5. Principio de efectividad o realidad

Este principio tiende a evitar la creación de sociedades con capitales ficticios. Como mínima defensa de los acreedores sociales, y en protección de la función de garantía, la ley se opone a la creación de sociedades sin la efectiva aportación patrimonial equivalente al valor nominal del capital. Éste habrá de cubrirse con bienes realmente aportados a la sociedad por los socios en la forma en que previene la ley.

También son varias las normas que pueden citarse como base para este principio: el art. 32, que tacha de nula la constitución de sociedades o el aumento de su capital mediante participaciones recíprocas; el art. 37 que sanciona la mora del socio en la integración del aporte suscripto; el art. 43, que ordena que los bienes gravados sólo pueden ser aportados por su valor con deducción del gravamen; el art. 46, que autoriza la exclusión del socio en caso de evicción; o el 47, que permite al socio responsable de evicción evitar su exclusión reemplazando el bien por otro de igual especie y calidad; el art. 51, que establece reglas claras para la valuación de los aportes en especie; etcétera.

2.2.6. La exigencia de capital mínimo

Apartándose del criterio de la mayoría de la legislación comparada, nuestra Ley de Sociedades no exigía capital mínimo. Recién en 1980, mediante la ley 22.182 se modificó el art. 186, estableciendo un capital mínimo para las sociedades anónimas. Este monto, que actualmente asciende a los pesos cien mil, puede ser actualizado por el Poder Ejecutivo cada vez que lo estime necesario. Otros tipos societarios carecen de mínimo de capital.

La exigencia de este mínimo responde al propósito, fundado en razones puramente económicas, de reservar la utilización del tipo "sociedad anónima", a empresas de mediano o gran tamaño, excluyendo su utilización para las pequeñas empresas. Se presenta, así, como un elemento de ordenación económica dentro del sistema general de sociedades. Por el contrario, no es su propósito el garantizar la constitución en la sociedad de un patrimonio suficiente para el desarrollo de su objeto social.

El mínimo establecido para el capital de la anónima no se limita a su momento fundacional, sino que debe mantenerse a lo largo de toda la vida

social. Por ello, su capital no podrá disminuirse por debajo de la cifra de capital mínimo.

2.2.7. Necesidad de actualización de la cifra capital

Sin perjuicio de la invariabilidad del capital, resulta necesario atender al impacto de la inflación en el valor del capital social. De lo contrario, el mismo perdería su carácter de "intangible" e "invariable" por la pérdida continua de valor de la moneda en la que está expresado.

Así lo ha entendido la jurisprudencia pacíficamente en nuestro país, lo que ha llevado a la consagración en el art. 62 de la ley 19.550, por la reforma producida por la ley 22.903, de la necesidad de actualización de la cifra histórica del capital. En efecto, esta norma establece la necesidad de que los estados contables se confeccionen en "moneda constante". Dado que el capital es una cuenta de los estados contables, su actualización resulta imperiosa en cumplimiento de esta disposición.

2.3. Evolución posterior y deformación del concepto "capital social"

El macizo criterio de capital social sentado en la Ley de Sociedades ha sufrido implacables modificaciones a lo largo del tiempo, fundamentalmente como consecuencia del fenómeno de la inflación sufrido por nuestro país hace algunos años.

Autores como Miguel Araya[22] sostienen que se ha producido un paulatino fenómeno cuyas consecuencias han sido, por un lado, la desvinculación del valor del capital social del estatuto, y por otro, su ampliación conceptual a otros aportes de activo efectuadas por los accionistas o terceros. Nombra, por ejemplo, la desvinculación del capital del estatuto proveniente de la reforma instrumentada por la ley 22.686, que dispuso la posibilidad, en las sociedades abiertas, de aumentar el capital sin límite alguno, ni necesidad de modificar el estatuto.

Así también, la obligación de confeccionar los estados contables en moneda constante, incorporado al art. 62, LS, por la ley 22.903, lo que originó la incorporación de la cuenta "ajuste de capital" a los mismos. También menciona la res. general CNV 195/1992 que amplía el concepto de capital a "todos los aportes comprometidos o efectuados por los accionistas, estén o no representados por acciones y expresados en moneda constante", comprendiendo así los aportes irrevocables, primas de emisión, etcétera.

Cabe mencionar a los "aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones de capital", instituto que ha tomado una enorme difusión en nuestro medio, también como consecuencia del fenómeno inflacionario. Se trata de

---

(22) Araya, Miguel C., "Repensar la noción de capital social", en *Derecho empresarial actual*, Buenos Aires, 1996, p. 33.

transferencias de dinero de los socios o de terceros, hacia la sociedad, que no constituyen la integración de un aumento de capital anterior, pero tampoco se presentan como créditos. Quien transfiere fondos de este modo responde a una necesidad de la sociedad que —por su urgencia— no permite esperar a la decisión gubernamental de aumentar el capital. Además, quien efectúa estos aportes no pretende el pago de un interés a cambio del dinero aportado, sino que lo hace con la idea de aplicarlos a integrar las acciones que en un futuro puedan emitirse por parte de la sociedad.

Vítolo define el caso de los aportes como aquel en que "genéricamente la sociedad recibe del socio, sin que exista aún decisión de capitalizar, un aporte de bienes en dinero o especie, anticipadamente, para afectarlo al giro de la sociedad, con el compromiso de convocar oportunamente a la asamblea para tratar su capitalización(23). A través de la constitución de los mismos la sociedad asume una obligación de medios, no de resultado, consistente en realizar la convocatoria para que se trate la capitalización de dichos fondos, pero sin garantizar que el órgano societario resolverá favorablemente dicho pedido.

Algunas veces el dinero aportado y así caracterizado termina siendo aplicado para otro destino, como el de enjugar perdidas, pero para ello se requerirá una decisión orgánica de la sociedad, sumada a la conformidad del aportante.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Inspección General de Justicia ha dictado una serie de resoluciones tendientes a regular la inscripción de aumentos del capital social de las sociedades por acciones mediante, en todo o en parte, la capitalización de aportes irrevocables a cuenta de futura suscripción de acciones, res. general 25/2004, y la capitalización de los mismos a los fines de absorber pérdidas, res. general 12/2006, entre otras.

Estas normas buscan establecer parámetros claros para la protección de quien realice el aporte irrevocable, de la sociedad, los otros socios y los terceros.

2.4. Crítica al instituto "capital social". Alternativas y derecho comparado

2.4.1. Crisis de las funciones garantista y de productividad del "capital social"

Se hizo evidente en épocas de inflación que el capital social perdía relevancia como dato económico. Ello motivó la reforma de la ley 22.903 al

(23) Vítolo, Daniel R., "Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital y derechos de terceros", en *La protección de los terceros en las sociedades y los concursos*, VIII Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Ad -Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 166.

art. 62, ya mencionada, consagrando la obligatoriedad del ajuste de los estados contables por la inflación.

Sin embargo, la necesidad sufrida por la sociedad de nuevos y periódicos requerimientos tecnológicos y de posicionamiento estratégico, a los fines de mantenerse en el mercado y de pelear por alcanzar su objeto, implica, a los efectos de mantener su capacidad operativa, la necesidad de la generación de recursos propios y ajenos que no tienen por qué coincidir con los que surgen de la cifra capital, aun actualizada.

Es por ello que el mantenimiento y multiplicación de la capacidad productiva de la empresa es un tema de preocupación creciente de los economistas, quienes sostienen que existirán utilidades en la medida en que se produzca un incremento en dicha capacidad no proveniente de nuevos aportes de capital.

Ricardo Olivera García destacó la relación directa existente entre la función de garantía del capital social y la función de productividad que éste tiene asignado. Distinguió, así, una función de *garantía directa*, que se cumple al retener en el patrimonio activos equivalentes al aporte de los socios, y una función de *garantía indirecta*, en la medida en que el capital asegura la permanencia en el patrimonio de los instrumentos necesarios para el ejercicio de la actividad económica contenida en el objeto social y la capacidad para generar rentabilidad. Es en este último aspecto en el que el capital social ha perdido efectividad[24].

Otros autores también han destacado la pérdida de toda capacidad garantística del capital social, conforme fuera históricamente previsto por los imaginativos juristas que le dieron forma.

Así, se ha dicho que "la doctrina comienza a poner en tela de juicio la idea del capital como cifra de retención, que lleva a la llamada subcapitalización, y en muchos casos encubre o facilita la nociva y peligrosa subcapitalización sustancial, o sea, a que el capital social nominal sea insuficiente para el desenvolvimiento de la sociedad, lo que comporta una causal de disolución. La idea del capital como cifra de retención, incorporada como dato técnico a los balances, aparece en crisis, como la del valor nominal de las acciones"[25].

En este sentido, Le Pera, observó irónicamente: "...a esta grave preocupación del legislador por el capital social corresponde una total indiferencia del público"[26]. En efecto, aquellos a favor de los cuales se establece esta ga-

---

(24) Olivera García, Ricardo, ob. cit., p. 382.

(25) Richard, Efraín H. - Muíño, Orlando M., *Derecho societario*, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 417.

(26) Le Pera, Sergio, "Sobre la futilidad de la noción del capital social", LA LEY, 1986-B, 972, sec. doctrina.

rantía recurren a otros métodos a fin de asegurarse el estado del patrimonio de las sociedades comerciales —estados contables, auditorías, etcétera—.

También la función de productividad del capital social, individualmente considerada, se encuentra debilitada. En efecto, es posible percibir la importancia creciente que en la modernidad han adquirido los recursos externos a las empresas para su nacimiento y desarrollo. Ha perdido casi total importancia la existencia o no de recursos reales aportados por los socios. Sobre todo, en lo que se refiere a la mediana y gran empresa. Así, salvo en los microemprendimientos, es el mercado financiero o el bancario el río del que abrevan todas las aventuras comerciales que las empresas emprenden. De este modo, si bien es evidente la necesidad de un mínimo aporte de los accionistas a fin de poner en movimiento inicialmente a la empresa, no puede hablarse ya de una función indispensable del capital inicial para la misma.

Más allá de las críticas, otros autores defienden la vigencia del instituto, llegando —incluso— a sostener la necesidad de profundizar las reglas sobre su uso. Éste es el camino que la IGJ ha seguido en los últimos años, manteniendo la necesidad de que el organismo de aplicación establezca y exija una necesaria relación entre objeto y capital. Esta posición se encuentra con la dificultad concreta de encontrar la adecuada correlación entre ambos conceptos, máxime, desde la acción de un organismo administrativo que nada conoce de negocios.

En el derecho comparado moderno, se han generado distintas respuestas alternativas a la herramienta "capital". Resulta muy útil hacer un breve repaso de las soluciones otorgadas por otras legislaciones:

2.4.2. Derecho europeo continental en general. Derecho comunitario

En Europa continental, la mayoría de las legislaciones se enrola en el sistema tradicional que tiene al capital social como pilar funcional y garantístico del sistema de sociedades comerciales. La promulgación de la directiva segunda[27], en el seno de la Unión Europea —la que reafirma la tesis tradicional— ha dado lugar a acaloradas discusiones. La misma expresa en su art. 6º la obligatoriedad de un capital mínimo para este tipo de sociedades[28].

---

(27) Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, del 13 de diciembre de 1976, "tendiente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados Miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital".

(28) Art. 6º: "Para la constitución de la sociedad o para la obtención de la autorización para comenzar sus actividades, las legislaciones de los Estados Miembros requerirán la suscripción de un capital mínimo cuyo importe no será inferior a 25.000 unidades de cuenta europea...".

2.4.3. Otros modelos

Otros países han tomado modelos alternativos: México, Chile, Canadá, Bélgica y los Estados Unidos, fundamentalmente. En México, por ejemplo, la Ley General de Sociedades Mercantiles en su art. 125 permite que se omita el valor nominal y la cuantía del capital social. Esta legislación ha insertado las *non par value shares* del derecho estadounidense. Esta modificación ha sido sumamente criticada por la doctrina mexicana. Autores como Rodríguez Rodríguez(29) han puesto en evidencia las deficiencias formales de la reforma y la escasa acogida que ha tenido en las sociedades de dicho país.

El derecho belga, contrastando con la tendencia general en materia de normativa europea, reconoce la posibilidad de emitir acciones sin valor nominal(30), las que igualmente representan un porcentaje del capital social, disponiéndose la necesidad de que éste exista y sea inmutable(31).

Los Estados Unidos han ido a la vanguardia en cuanto a la adopción de un sistema societario en el que se prescinde del capital social. Ya en 1912 la *Stock Corporation Law* del estado de Nueva York introdujo la posibilidad de emitir acciones sin valor nominal. Estas acciones, caracterizadas por Miguel Sussini (h) como una parte del número total de fracciones en que puede dividirse el interés total que toda la compañía representa, expresada en unidades y no en términos de valor(32), nacieron principalmente a fin de evitar los abusos que se cometían con la sobrevaloración de los aportes en especie, y en la búsqueda de un medio fácil de colocar las acciones en el público para obtener, sin grandes complicaciones, aumentos de capital. También se quería evitar los fraudes y engaños a que puede dar lugar el que el valor nominal de la acción no coincida casi nunca con su valor real y con el de mercado(33).

La *General Corporation Act* de 1975 del Estado de California fue la primera norma del país en eliminar la necesidad de la determinación de un valor de capital, y todo lo instrumental vinculado e este concepto. Esta tendencia fue tomada por la *Model Business Corporation Act* de la *American Bar Association*, en el texto de su reforma del año 1980. Esto ha sido mantenido y consolidado a lo largo de las reformas de 1984, 1987 y ss. La normativa prevé su recepción por parte de los Estados, a la vez que admite enmiendas

(29) Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, t. I, Porrúa, México, p. 87.

(30) Conf. ley del 25/5/1913.

(31) Conf. expresa Fargosi, Horacio P., "Acciones sin valor nominal", JA, 1956-IV-172.

(32) Sussini, Miguel (h), "Acciones sin valor nominal", *Revista de Derecho Comercial*, año II, nro. 2, ps. 103 y ss.

(33) Barrera Graf, Jorge, "Las acciones sin valor nominal", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año III, nro. 8, ps. 9 y ss.

por parte de los mismos al ser por éstos receptada. Muchos de éstos han recogido esta norma en sus sistemas normativos, con mayores o menores cambios.

Según expone el Dr. Bollini Shaw (h) la admisión de la emisión de acciones sin valor nominal ha sido acompañada con la elaboración de una jurisprudencia tendiente a evitar que las sociedades defrauden a los accionistas y a terceros mediante el aguamiento del capital (*watered stock*)(34). En tal sentido, se ha admitido la traba de medidas cautelares por parte de los accionistas objetando la emisión de acciones fundadas en la existencia de maniobras fraudulentas, siempre que dichas medidas sean incoadas con anterioridad a la distribución de las acciones. También en materia de sociedades abiertas, la *Security Exchange Commission* (SEC) ha establecido ciertos requisitos para la suscripción de acciones.

La *Model Business Corporation Act* establece límites muy concretos a la transferencia de recursos de la sociedad a sus accionistas, ya sea por reparto de utilidades, por rescate de acciones o de cuotas de separación o liquidación (*distributions*)(35). El órgano de administración (*Board of Directors*) podrá autorizar una *distribution* a sus accionistas sujeto a la restricción de que, como consecuencia de tal *distribution* la sociedad no se vea imposibilitada de pagar sus deudas a sus vencimientos en el curso normal de sus negocios; los activos totales de la sociedad sean menores que la suma total de sus obligaciones, más el valor necesario, en caso de disolución de la sociedad, para satisfacer derechos sobre la cuota de distribución que accionistas preferidos tuvieran a su favor.

La inexistencia de estos supuestos restrictivos se determina mediante la realización de dos *test* financieros, originados en un famoso caso de 1824, "Wood vs. Dummer"(36). Se trata del *Equity Insolvency Test*, y el *Balance Sheet Test.* Estos parámetros contables permiten asegurar el mantenimiento de una adecuada solvencia y liquidez luego de autorizado el pago de dividendos. Las consecuencias de una *distribution* ilícita generan la responsabilidad personal de los administradores por el valor de la distribución en exceso de lo que hubiera podido ser distribuido. Asimismo, se genera también la obligación de restitución de lo indebidamente percibido por aquellos accio-

---

(34) Bollini Shaw, Carlos, "Capital y patrimonio en las sociedades anónimas. El principio de la intangibilidad del capital social. Consecuencias", ED, 65-813.

(35) El *Chapter* I, *Subchapter* D, define a la *distribution*: "*means a direct or indirect transfer of money or other property (except its own share) or incurrence of indebtedness by a corporation to or for the benefit of its shareholders in respect of any of its shares. A distribution may be in the form of a declaration or payment of a dividend; a purchase redemption, or other acquisition of shares; a distribution of indebtedness or otherwise*".

(36) Ver Frey - Choper - Leech - Morris, *Cases and Materials on Corporations*, Boston-Toronto, 1966, p. 794.

nistas de mala fe. Se logra, así, la protección de los terceros que la función de garantía de nuestro capital social busca por otro camino.

En el caso de la *California General Corporation Act*, ya citada, la solución prevista a fin de garantizar la defensa de los derechos de terceros es diferente, si bien va por el mismo camino. En el caso de distribución de dividendos se recurre al establecimiento de una serie de *ratios*, para que ello sea posible. A tales efectos, exige que antes de la distribución el activo total sea, por lo menos 1,25 veces el total del pasivo exigible; y que el activo circulante cubra el pasivo circulante. Pero también, luego de la "distribución" el monto de las utilidades retenidas debe ser igual o superior al monto de la distribución propuesta.

3. Formación del capital social: bienes aportables. Aportes de obligaciones de dar y de obligaciones de hacer. Aportes en propiedad o en uso y goce. Mora en el aporte. Exigibilidad

3.1. Aportes. Bienes aportables

La importancia de los aportes de los socios es capital. Del mismo art. 1° de la Ley de Sociedades surge su necesidad. El régimen de regulación de los aportes se apoya en el concepto de sociedad contenido en ese artículo, donde los participantes se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios. Estos participantes adquieren su calidad de socios cumpliendo con esa obligación esencial de aportar.

La Ley de Sociedades regula en su sección VI, titulada "De los socios en sus relaciones con la sociedad", los bienes aportables, y la forma de efectuar su aporte y darle valor. Como ya adelantáramos, el cumplimiento de la promesa de aportar se llama "integración".

El art. 38 de la norma establece que los aportes pueden consistir en obligaciones de dar —dinero o bienes no dinerarios— o de hacer, salvo para los tipos de sociedad en los que se exige que consistan en obligaciones de dar. En este sentido, el art. 39 limita a "bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada" a aquellos aportables en las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones. La ley no admite las obligaciones de "no hacer".

Se denomina socio capitalista al que se obliga a dar una cosa o un bien, e industrial, al que aporta su trabajo a la sociedad. El aporte de industria o trabajo no tiene la misma naturaleza que el aporte de otros bienes, ya que consiste en una obligación de hacer que generalmente se cumple continuadamente, en prestaciones sucesivas, y no ofrece garantías a los terceros y acreedores de la sociedad, ya que no se incorpora al capital social, no siendo

susceptible de ejecución forzada[37]. Por ello no se admite en las sociedades en las que los socios gozan de responsabilidad limitada.

En cuanto a los aportes que consisten en obligaciones de dar, la ley admite la aportación de derechos, créditos contra terceros, bienes inmateriales, etc., con la excepción de las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones, en las que sólo pueden ser bienes "susceptibles de ejecución forzada". La aportación de dinero efectivo no suscita ningún problema. En cambio, el aporte de bienes en especie genera la dificultad de fijarle su valor. La Ley de Sociedades se preocupa de establecer los parámetros para dicha valuación, conforme veremos *infra*.

También resulta admisible un aporte parcialmente en efectivo y parcialmente en especie.

El aporte puede hacerse en propiedad, mediante transferencia del dominio de los bienes a la sociedad. Pero también en uso y goce, a través de la concesión de su usufructo, locación, habitación u otros derechos que no implican el cambio de manos de la propiedad del bien aportado. Sin embargo, los aportes de uso o goce sólo se admiten en las sociedades por partes de interés, conforme a lo que dispone el art. 45 de la 19.550. En las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones, sólo son admisibles los aportes de uso o goce como "prestaciones accesorias". En caso de duda, se presume que los bienes se aportaron en propiedad.

El aporte debe ser lícito y serio, no pudiendo depender de la voluntad del accionista. Por ello, el suscriptor debe entregar plenamente la propiedad del bien aportado, realizando los actos conducentes para que la sociedad asuma la titularidad plena de los bienes en lo sucesivo[38].

3.2. Mora en el aporte. Exigibilidad

Dada la trascendencia que los aportes tienen en la vida social, la ley sanciona la mora en el aporte. En efecto, el art. 37 de la ley establece que el socio que incumpla con la integración del aporte en la forma convenida incurre en mora por el mero vencimiento del plazo, y debe resarcir los daños e intereses generados por dicho incumplimiento. De este modo, no se exige la interpelación previa al deudor, ni requerimiento judicial o extrajudicial de ningún tipo. En caso de que no se hubiera fijado un plazo para la integración, el aporte será exigible desde la inscripción de la sociedad.

Entonces, la falta de cumplimiento de la integración del aporte en las condiciones pactadas tiene como primer efecto la de obligar al deudor mo-

---

(37) Nissen, Ricardo A., *Ley de Sociedades...*, cit., t. I, p. 339.
(38) Halperin, Isaac, *Sociedad anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 239.

roso a resarcir los daños e intereses derivados de la mora. No se afecta, así, la validez de la existencia de la sociedad.

La sociedad podrá exigir el cumplimiento de la obligación, ejecutándola de acuerdo con lo establecido en el contrato social, toda vez que la demora en el cumplimiento del aporte ocasiona un perjuicio a la sociedad, que se repara con el resarcimiento de daños e intereses mencionado. La prescripción de la obligación de aportar estaba prevista en el art. 848 del Código de Comercio, y era de tres años. La regulación actual no tiene una norma específica para el caso, por lo que debe interpretarse que el plazo de prescripción es el genérico de cinco años, previsto en el art. 2560 del Código Civil y Comercial.

Conforme a lo dispuesto por el art. 37 de la Ley de Sociedades, la sociedad podrá excluir al socio moroso, pues tal conducta es causal que autoriza tal proceder. Así lo establece el art. 91 de la misma norma. Pero debe tenerse en cuenta que a diferencia del procedimiento establecido por los arts. 91 a 93, en donde es la sociedad la que debe iniciar la acción correspondiente en el plazo allí determinado, en el caso presente la exclusión por mora la dispone la sociedad por sí y es el excluido el que debe reclamar judicialmente en defensa de sus derechos. Basta una decisión adoptada con las mayorías necesarias que fije el tipo para la reforma del contrato social, salvo estipulación en contrario, sin computarse el voto del socio excluido. Pero si la decisión no puede adoptarse válidamente por no alcanzarse las mayorías exigidas al efecto, la exclusión podrá ser solicitada judicialmente, conforme al procedimiento previsto por el art. 91, resultando inaplicable el plazo de caducidad de noventa días previsto por el tercer párrafo de artículo citado. Esta solución se admite tanto para el incumplimiento total, como para el parcial, y se refiere a éste, tanto en cuanto al modo, a la forma o al lugar de cumplimiento.

Para las sociedades por acciones, debe tenerse presente que resultan aplicables los arts. 192 y 193 de la Ley de Sociedades. La mora se produce conforme a lo ya dicho, suspendiendo automáticamente el ejercicio de los derechos inherentes a las acciones en mora. El remedio para que la sociedad obtenga la integración de las acciones no integradas y en mora, y la responsabilidad del accionista moroso por los gastos y los daños es el siguiente:

a) la sociedad podrá, en su estatuto, disponer que los derechos de suscripción de las acciones en mora sean vendidos en remate público o por medio de un agente de bolsa (en las sociedades abiertas);

b) el suscriptor en mora debe pagar los gastos del remate y los intereses moratorios. Además debe hacerse cargo de los daños y perjuicios que produzca su incumplimiento;

c) el estatuto puede también establecer que se producirá la caducidad de los derechos, surtiendo efecto previa intimación a integrar en un plazo no

mayor de 30 días con pérdida de las sumas abonadas, y sin perjuicio de que la sociedad pueda optar por el cumplimiento del contrato de suscripción, exigiendo el cumplimiento del aporte.

3.3. Bienes aportables según el tipo societario

Resumiendo lo que se ha dicho anteriormente, cabe precisar los aportes que se admiten según cada tipo de sociedad:

3.3.1. Sociedades colectivas

En estas sociedades se admite todo tipo de aportes, de dar y de hacer. Incluso se admiten aportes de uso o goce de un bien (art. 45). También pueden existir uno o más socios (pero no todos) que aporten sólo su trabajo. Aquí, a diferencia de lo que sucede en la sociedad de capital e industria, este socio será ilimitada y solidariamente responsable (pero con beneficio de excusión) frente a las obligaciones sociales.

3.3.2. Sociedades en comandita simple

En este tipo de sociedades pueden integrarse solamente aportes de dar, excluyendo el aporte de hacer, en razón de que la responsabilidad del comanditario se limita al capital aportado, a diferencia del socio comanditado que responde solidaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales.

3.3.3. Sociedades de capital e industria

En este particular tipo de sociedad (hoy carente de toda vigencia), el socio *capitalista* tiene el mismo tratamiento que el socio de la sociedad colectiva, respondiendo de las obligaciones sociales en forma subsidiaria, ilimitada y solidaria (conforme lo establecen los arts. 125 y 141 de la Ley de Sociedades). El socio *industrial*, en cambio, aporta exclusivamente su industria, y responde hasta la concurrencia de las ganancias no percibidas (art. 141, *in fine*).

3.3.4. Sociedades de responsabilidad limitada y por acciones

En estas sociedades, en las que los socios limitan su responsabilidad al capital suscripto, sólo se admite el aporte de bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada (según el art. 39, ya citado). Quedan así, vedadas las obligaciones de hacer. También el aporte de uso o goce de un bien. Tampoco son aportables otros bienes como los servicios personales, la clientela, el valor llave y demás intangibles no susceptibles de ser ejecutados judicialmente por terceros. Sin embargo, formarán parte del valor del fondo de comercio. En las sociedades por acciones, podrán entregarse “bonos de goce”

—que no integran el capital social— a cambio del beneficio que presta la inmaterialidad del goce o servicio, además de las prestaciones accesorias —que tampoco integran el capital— y que la Ley de Sociedades regula en su art. 50[39].

4. Aporte de bienes registrables: requisitos que deberán cumplirse. Aporte de derechos. Aporte de créditos. Aporte de bienes gravados. Garantía por evicción y vicios redhibitorios

4.1. Bienes registrables. Inscripción preventiva

El art. 38 de la Ley de Sociedades establece que cuando para la transferencia del aporte se requiera la inscripción en un registro, ésta se hará preventivamente a nombre de la sociedad en formación. Esta inscripción preventiva, muy debatida en la doctrina, busca sustraer el bien aportado de la eventual acción del acreedor particular del socio aportante, lo que podría frustrar la constitución de la sociedad luego de haberse cumplido gran parte de los trámites necesarios para ello, con los consiguientes daños para la sociedad y sus demás socios. Pueden incluirse en esta especie de bienes los inmuebles, los automotores, los buques y aeronaves, los caballos de pura sangre de carrera, derechos intelectuales, acciones, marcas y patentes, entre otros[40].

De todos modos, este régimen ha sido objeto de serias críticas, al no prever la forma procedimental, ni los efectos de la inscripción preventiva. También se critica que el artículo no prevé un plazo de duración de dicha inscripción, lo que puede tornar al instituto en un eficaz medio de sustracción de un bien del patrimonio particular del deudor, a los efectos de evitar su ejecución.

Lo natural será que completada la inscripción de la sociedad, el registro del bien se convierta en definitivo.

Como novedad, el art. 23 de la Ley de Sociedades admite la adquisición de bienes registrables por la sociedad "irregular", cosa que su antecedente no permitía. Para ello, es necesario que acredite ante el Registro que corresponda su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios. Este acto debe ser instrumentado en escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano. El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan sus socios.

---

(39) Verón, Alberto V., *Sociedades comerciales. Ley 19.550 y sus modificatorias*, t. I, Astrea. Buenos Aires, 1998, p. 340.

(40) Adrogué, Manuel I. y García Cuerva, Héctor N., "La problemática de las sociedades en formación y la llamada inscripción preventiva del artículo 38 de la Ley de Sociedades", LA LEY, 1987-D, 963.

4.2. Aporte de derechos

El art. 40 de la Ley de Sociedades establece que los derechos pueden aportarse cuando, debidamente instrumentados, se refieran a bienes susceptibles de ser aportados y no sean litigiosos.

Esta expresión incluye una amplia gama de bienes aportables, desde derechos intelectuales, bienes inmateriales, patentes de invención, marcas y diseños industriales, concesiones administrativas, beneficios por operaciones o servicios realizados(41). Sin embargo, la ley exige que los derechos se hallen debidamente instrumentados, a los efectos de evitar las simples expectativas referidas a bienes susceptibles de ser aportados. Se excluye, así, por ejemplo, el crédito o influencia, la clientela, el nombre comercial o la enseña en forma independiente del fondo de comercio que integra, todos los cuales no pueden ser aportados.

También se exige que los derechos no sean litigiosos, es decir, que no esté cuestionada su existencia, validez o titularidad. De este modo, la sociedad podrá ejercerlos en forma plena y sin perturbaciones, una vez producida la integración del aporte.

En cuanto a la forma de instrumentación del aporte, deberá estarse a la naturaleza del derecho aportado.

4.3. Aporte de créditos

Los créditos representan el derecho que el aportante tiene contra terceros para percibir sumas de dinero u otros bienes o servicios. El art. 41 de la Ley de Sociedades establece que la sociedad es cesionaria de los créditos aportados por la sola constancia en el contrato de sociedad. El aportante responderá por la existencia y legitimidad del crédito, pero no de la solvencia del deudor. Sin embargo, si éste no es cobrado a su vencimiento, la obligación del socio se convierte en la de aportar sumas de dinero, que deberá hacer efectiva en un plazo de 30 días. Si cumplido este plazo, el socio no hace efectiva la integración de la suma dineraria correspondiente, operará el sistema de mora previsto por el art. 37, por lo que la sociedad podrá resarcirse de los daños e intereses que le san irrogados. Ello, sin perjuicio de que la sociedad podrá excluirlo por dicha causa. En las sociedades por acciones se aplicará el régimen especial previsto en el art. 193, al que ya nos refiriéramos más arriba.

Para un sector de la doctrina se requiere que la cesión sea notificada al deudor conforme al régimen que disponían los arts. 1459 y ss. del antiguo Código Civil de Vélez(42). Para otros, la inscripción del contrato social en el

(41) Nissen, Ricardo A., *Ley de Sociedades...*, cit., t. I, p. 342.
(42) Nissen, Ricardo A., *Ley de Sociedades...*, cit., t. I, p. 343.

Registro Público cumple tal finalidad, ya que el artículo citado de la ley societaria declara a la sociedad cesionaria de los aportes de créditos por la sola constancia en el contrato social[43]. La redacción del art. 1620 del nuevo Código Civil y Comercial parece darle la razón a esta última posición.

Obviamente, ninguna discusión cabe en materia de títulos valores, los cuales serán aportados conforme a la clase a la que pertenezcan, y su transferencia a la sociedad estará sometida a las reglas aplicables a la naturaleza del mismo: de ser "al portador", se transferirán con la "tradición" del título, es decir, la simple entrega. En cambio, si son endosables, se transferirán mediante su endoso, y si son nominativos, mediante cesión.

4.4. Aporte de bienes gravados

Los bienes gravados sólo pueden ser aportados por su valor con deducción del gravamen, el cual debe ser especificado por el aportante, conforme a lo que dispone el art. 43 de la Ley de Sociedades. La expresión "sólo pueden ser aportados" autoriza a afirmar que, si no se cumple con la disposición, no existe aporte válido[44].

Entonces, el aportante puede aportar bienes que sostengan un gravamen, pero debe especificar con claridad el monto del mismo, su naturaleza (hipoteca, para los inmuebles, prenda, para los muebles), la tasa de interés y cualquier otro dato necesario para esclarecer su alcance. Además, no sólo se admite el aporte de una cosa gravada, sino también, de un fondo de comercio. En tal caso, la norma se aplica respecto de los gravámenes que afecten al o los bienes integrantes de dicho fondo.

Es aplicable aquí el art. 173 del Código Penal, el cual, en su inc. 9º considera delito de "defraudación" al callar u ocultar la condición en que se encuentran dichos bienes.

En el caso de bienes hipotecados, debe observarse la escritura pública como forma, conforme estaba previsto por el art. 3128 del viejo Código Civil de Vélez, y ahora, por el art. 2208 del nuevo Código Civil y Comercial. La sociedad deberá hacerse cargo de la deuda hipotecaria y contar con la conformidad del acreedor. Prestando éste el consentimiento a la enajenación del bien hipotecado —que es aportado por el socio—, y como en tal caso la sociedad deberá satisfacer la obligación, es lógico que la Ley de Sociedades disponga que deba descontarse el monto del gravamen del monto del bien aportado.

De igual modo, en caso de bienes muebles prendados resultará aplicable lo dispuesto por el art. 2219 del nuevo Código Civil y Comercial y sus normas concordantes.

---

(43) Verón, Alberto V., *Sociedades...*, cit., t. I, p. 360.
(44) Halperin, Isaac, *Sociedad anónimas*, cit.

4.5. Aporte de fondo de comercio

El art. 44 de la Ley de Sociedades establece que tratándose del aporte de un “fondo de comercio”, se deberá practicar inventario y valuación del mismo, cumpliéndose con las disposiciones legales que rijan su transferencia. Actualmente, la ley 11.867.

Dicha valuación e inventario no incluye sólo el conjunto de bienes y deudas del fondo de comercio, sino que incluye el “valor llave” del mismo. Este concepto, conocido también como “valor de empresa en marcha”, entre los anglosajones como *goodwill*, por los italianos como *avviamento*, y por los españoles como “regalía”, es la plusvalía que obtienen los bienes gracias a la vinculación que los une e integra en el establecimiento comercial[(45)]. Cada bien que integra la hacienda tiene un valor, que se forma por su costo y por su función, pero todos los bienes, al ser organizados e integrados en la explotación comercial, constituyen un bien nuevo que tiene un valor económico superior a la suma de valores de las unidades que lo componen. Para Ascarelli, los factores del aviamiento son varios, tales como: eficiente función de los bienes inmateriales, los servicios, la notoriedad de la marca, la localización, el prestigio del titular, etcétera[(46)].

Cuando se enajena el fondo de comercio, también se produce la transmisión de ese mayor valor: el “valor llave”, sin embargo, es de muy difícil valuación, existiendo varios métodos aceptados para lograrla. Por ejemplo, en un caso jurisprudencial citado por Verón, a los efectos del cálculo del valor llave de una sociedad, se consideró válido el método de compra de un número de años de utilidades, consistente en la fijación del promedio de utilidades de cierto lapso y su multiplicación por determinado número de años, variable entre dos y cinco. El tribunal consideró relevante que el perito designado en el expediente consideró que ése era el método más ajustado a las características de la sociedad en cuestión, ya que no se dedicaba a la compraventa de productos, sino a la prestación de servicios auxiliares, asimilable a un estudio profesional[(47)]. Otros métodos también son utilizados a la hora de valuar este bien: el precio de mercado de empresas similares, la multiplicación de varios meses de facturación promedio, etcétera.

La expresión “fondo de comercio” ha sido criticada por la confusión a la que induce, propugnándose su reemplazo con la idea de “empresa”[(48)]. La ley 11.867, sobre transferencia de fondos de comercio, no lo define, sino que enumera los bienes que lo integran en su art. 1°. Así, declara constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su trans-

---

(45) ASCARELLI, TULLIO, *Introducción al estudio del derecho mercantil*, Bosch, Barcelona.

(46) Ídem nota anterior.

(47) CNCiv., sala C, 22/9/1976, LA LEY, 1977-A, 459, ED, 73-425, citado por VERÓN, ALBERTO V., *Sociedades...*, cit., t. I, p. 368.

(48) VERÓN, ALBERTO V., *Sociedades...*, cit., t. I, p. 365.

misión por cualquier título, a "las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística". Este listado no es taxativo, pero reúne los elementos principales que integran un fondo de comercio. Podemos definir, así, a éste, como a una universalidad de hecho integrada por un conjunto de bienes materiales e inmateriales cuyo destino es una actividad económica determinada.

Sin perjuicio de la cercanía entre la noción de "empresa" y la de "fondo de comercio" o "hacienda comercial", es posible distinguirlas, considerando la empresa como la noción *dinámica* del fondo de comercio puesto a trabajar en función de su utilidad por parte del empresario.

La exigencia de la norma societaria de cumplir con los requisitos y ritos de la ley 11.867 para la aportación de fondos de comercio, persigue, por un lado, proteger a los acreedores del aportante evitando que éste deje a los mismos sin garantía para el cobro de sus créditos; y, por el otro, liberar a la sociedad de las obligaciones de su antecesor. En efecto, dado que el fondo de comercio es una universalidad de bienes y no un sujeto de derecho, una vez cumplido el régimen de publicidad que la ley mencionada establece como necesario para su transferencia, los acreedores del aportante no podrán hacer efectivos sus créditos contra los bienes que lo integran, que ahora estarán en el patrimonio de la sociedad.

Por eso, en virtud del régimen de publicidad establecido por la ley 11.867, toda transmisión por venta o cualquier otro título oneroso o gratuito de un establecimiento comercial o industrial, sea directa y privada, o en público remate, sólo podrá efectuarse válidamente con relación a terceros, previo anuncio durante cinco días en el Boletín Oficial de la Capital Federal o provincia respectiva, y en uno o más diarios o periódicos del lugar en que funcione el establecimiento, debiendo indicarse la clase y ubicación del negocio, nombre y domicilio del vendedor y del comprador, y —en caso que interviniesen— el del rematador y el del escribano con cuya intervención se realiza el acto.

El documento de transmisión sólo podrá firmarse después de transcurridos diez días desde la última publicación de edictos. Hasta ese momento, los acreedores afectados por la transferencia, podrán notificar su oposición al comprador en el domicilio denunciado en la publicación, o al rematador o escribano que intervengan en el acto, reclamando la retención del importe de sus respectivos créditos y el depósito, en cuenta especial en el banco correspondiente, de las sumas necesarias para el pago. El aportante deberá desinteresar al acreedor oponente no denunciado oportunamente, pues de lo contrario su aporte no estaría totalmente integrado(49).

---

(49) Halperin, Isaac, *Sociedades de responsabilidad limitada*, Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 116.

Como garantía adicional, la ley reputa nula toda operación efectuada por un monto inferior al de los créditos constitutivos del pasivo confesados por el vendedor, más el importe de los créditos no confesados por éste, pero cuyos titulares hubieran hecho la oposición mencionada en el párrafo anterior. Ello, salvo conformidad de todos los acreedores.

Ricardo Nissen destaca que el procedimiento previsto en el art. 44 de la ley societaria es de frecuente aplicación para evitar la liquidación de una sociedad, cuando se ha omitido prorrogar en tiempo oportuno su plazo de duración(50). Lo que se hace es transferir el fondo de comercio de la sociedad en liquidación, cuya reconducción no puede lograrse, por carecerse de la necesaria mayoría, a una sociedad *continuadora* que se constituye con los socios que quieren seguir con la explotación de la empresa.

Resulta relevante remarcar que la ley de impuesto a las ganancias (arts. 76 y 77; y arts. 92 a 96 y 157 de su reglamentación) contiene un régimen especial para el caso de las denominadas "reorganizaciones de sociedades o fondos de comercio". Se entiende como tal la fusión de empresas preexistentes a través de una tercera que se forme, o la absorción de una de ellas por otra, la división de una empresa en dos o más que continúen con las operaciones de la primera, y *las ventas y transferencias de una entidad a otra, en la medida en que integren un mismo conjunto económico*. Los resultados provenientes de estas reorganizaciones *no* están alcanzados por el impuesto a las ganancias en la medida en que se cumplan con determinados requisitos: en primer lugar, la entidad continuadora deberá proseguir por lo menos durante dos años, contados desde la fecha de la operación, la actividad de la antecesora. Igualmente, los titulares de la antecesora deberán mantener durante dos años —también como mínimo— una participación no menor a la que tenían a la fecha de la operación. La reorganización deberá notificarse a la AFIP(51), cumpliéndose —en caso de transferencia del fondo de comercio— con los requisitos formales y de publicidad de la mencionada ley 11.867.

4.6. Garantía por evicción y vicios redhibitorios

Quien transmite un bien a título oneroso debe garantizar la legitimidad del derecho que transmite, de modo de asegurar a su adquirente el goce sin sufrir perturbaciones por parte de terceros. El Código de Vélez reconocía esta "garantía de evicción" en su art. 2091. El nuevo Código Civil y Comercial la regula en sus arts. 1044 y siguientes. El primero afirma: "la responsabilidad por evicción asegura la existencia y la legitimidad del derecho transmitido, y se extiende a: a) toda turbación de derecho, total o parcial, que recae sobre el bien, por causa anterior o contemporánea a la adquisición; b) los

(50) Nissen, Ricardo A., *Ley de Sociedades...*, cit., t. I, p. 347.
(51) Procedimiento actualmente regulado por la res. general AFIP 2468.

reclamos de terceros fundados en derechos resultantes de la propiedad intelectual o industrial, excepto si el enajenante se ajustó a especificaciones suministradas por el adquirente; y c) las turbaciones de hecho causadas por el transmitente".

El art. 46 de la Ley de Sociedades establece que la evicción en el bien aportado autoriza a la exclusión del socio, sin perjuicio de su responsabilidad por los daños ocasionados. De no ser excluido, deberá el valor del bien y la indemnización de los daños ocasionados. Esta norma debe complementarse con los arts. 192 y 193 —ya mencionados— aplicables al caso de las sociedades de capital. Además, la misma solución resulta aplicable si el aporte del socio fuere el usufructo de un bien, conforme lo dispone el art. 48 de la norma societaria.

El art. 47 de la misma norma permite al socio responsable de la evicción evitar la exclusión reemplazando el bien original, cuando fuere sustituible por otro de igual especie y calidad, sin perjuicio de su obligación de responder por los daños ocasionados. Claro que esta solución no resulta procedente en caso de que el aportante supiera de la existencia del vicio que diera lugar a la evicción, ya que la sociedad no puede estar obligada a aceptar a quien ha actuado deliberadamente en su perjuicio. En tal caso, nace —incluso— una acción de exclusión en los términos de lo dispuesto por el art. 91 de la ley societaria.

4.7. Valuación de los aportes

El aporte efectuado "en especie" presenta la problemática de su valuación para la determinación del capital social. El valor es determinado, en principio, convencionalmente por las partes, dando razones en el acto constitutivo, pero la regulación hace diferencias según el tipo de sociedad de que se trate. En efecto, el art. 51 establece: "los aportes en especie se valuarán en la forma prevenida en el contrato...". Corresponde considerar los casos particulares siguientes:

a) Los *títulos cotizables*: En el caso de los títulos de crédito su valor lo fija la literalidad del título, pero sujeto a buen fin[(52)]. Conforme a lo que dispone el art. 42 de la Ley de Sociedades, el valor de los títulos cotizables en bolsa podrá fijarse en hasta su valor de cotización, obviamente tomando el de la fecha del aporte, o el del día anterior, o hasta el del último día de la cotización si se registrare alguna dentro de los tres meses anteriores.

Para los títulos valores que no tengan un sistema de cotización, o que no se hubieren cotizado habitualmente en un período de tres meses anterior al

---

(52) Richard, Efraín H. - Muiño, Orlando M., *Derecho societario*, Astrea, Buenos Aires, 1999. p. 198.

aporte, se les aplicará el procedimiento de valuación de aportes en especie que fija el art. 51 de la ley.

b) Valuación de *aportes en especie*: La Ley de Sociedades ha establecido un régimen específico para la valuación de los aportes en especie. El objetivo perseguido por el mismo es proteger la "intangibilidad" del capital social, evitando la sobrevaluación de los mismos. Este régimen varía según el tipo de sociedad de que se trate. La razón de ello está en las diferencias que éstos presentan en cuanto a responsabilidad de los socios por las deudas sociales. Así, en las sociedades de personas, la ley sólo defiere en los socios la valuación de los aportes en especie, exigiéndoles solamente que en el contrato constitutivo se expliciten los métodos de valuación empleados. Acá la protección a la intangibilidad del capital social cobra menos valor, ya que los socios tienen responsabilidad ilimitada y solidaria frente a los terceros.

En las sociedades en comandita simple, para el aporte de los socios comanditarios (con responsabilidad limitada a su aporte), y en las sociedades de responsabilidad limitada, la ley societaria requiere la indicación en el contrato social de los antecedentes justificativos de la valuación, para lo cual se ha admitido la remisión a facturas, catálogos, informes, precios de plaza y cualquier otro elemento respaldatorio del valor dado al bien(53). En las sociedades de responsabilidad limitada, el art. 150 hace solidaria e ilimitadamente responsable a sus socios por la sobrevaluación de los aportes en especie.

En caso de diferencias entre los socios con relación a la valuación correspondiente a un bien aportado, el art. 52 de la ley les otorga la posibilidad de impugnar el valor y solicitar al juez de la inscripción que corresponda al domicilio de la sociedad, la designación de uno o más peritos a los fines de la formulación de una valuación. Los peritos tendrán la especialización que corresponda a la naturaleza del bien.

Ante la posibilidad de sobrevaluación en perjuicio de terceros acreedores de la sociedad, cuyo patrimonio se encontraría abultado por encima de su valor real, se autoriza a los mismos a promover una acción de impugnación en caso de insolvencia o quiebra con un plazo de prescripción de cinco años a contar desde la formalización del aporte sobrevaluado(54).

En las sociedades por acciones, por otra parte, en las cuales la limitación de la responsabilidad de los socios es mayor, la valuación dada a los bienes aportados deberá ser aprobada por la autoridad de contralor. Se encuentra interesado, aquí, el orden público. La valuación, además, deberá hacerse: i) por el valor de plaza, cuando se tratare de bienes de valor corriente, o ii) por valuación pericial, cuando a juicio de la autoridad de contralor no pueda ser reemplazada por informes de reparticiones estatales o bancos oficiales. La

(53) Nissen, Ricardo A., *Ley de Sociedades...*, cit., t. I, p. 357.
(54) Conforme art. 51, párr. 3°.

autoridad admitirá los aportes cuando se efectúen por un valor inferior al de valuación, pero se exigirá la integración de la diferencia cuando sea superior. El aportante tendrá derecho a solicitar la reducción del aporte al valor resultante de la valuación, siempre que socios que representen tres cuartos del capital social, no computado el del interesado, acepten esa reducción[55].

Con relación a la valuación de derechos, créditos, títulos valores, bienes gravados, fondos de comercio y aportes de uso y goce, nos remitimos a los comentarios vertidos en oportunidad de evaluar dichos casos.

5. Infracapitalización. Concepto

Siendo la sociedad una herramienta creada por el derecho para la realización de actividades económicas y dotada de los atributos propios de las personas, su uso debe ser lógico y respetar sus fines. Es que se trata de una ficción dirigida a un propósito, pero que no debe despegarse de su función y finalidad. Lo contrario, como expresa Ricardo Nissen, implicaría privilegiar el dogma por sobre el ser humano[56].

Por eso, como contrapartida del beneficio de la limitación de la responsabilidad, y especialmente con relación a aquellos tipos societarios en los que este privilegio es mayor, es imperativa la existencia de un adecuado fondeo para la empresa explotada por la sociedad, de modo que su insolvencia no termine perjudicando a sus acreedores. Estamos hablando del problema de la "infracapitalización", considerado por Paz-Ares como uno de los problemas más graves que el derecho de sociedades aún tiene pendiente resolver[57].

El autor mencionado lo define como "cualquier desproporción conmensurable —o si se prefiere, inequívocamente constatable— entre la magnitud del capital de responsabilidad fijado estatutariamente... y el nivel de riesgo de la empresa que en cada caso se programe para llevar a efecto el objeto social"[58].

En rigor, la "infracapitalización" refiere a dos diferentes situaciones:

En primer lugar, la "infracapitalización nominal" o "formal" se refiere al caso en que los socios suministran los recursos necesarios para el giro de la sociedad en cantidad suficiente, pero bajo un concepto o título diverso del de "aporte" que correspondería a su condición de tal. Así, en lugar de

(55) Conforme art. 53, ley 19.550.

(56) Nissen, Ricardo A., "La infracapitalización de sociedades y la responsabilidad de los socios", *Revista de las Sociedades y Concursos*, vol. I, Legis-Fidas, Buenos Aires, p. 20,

(57) Paz-Ares, Cándido, "Sobre la infracapitalización de las sociedades", en *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVI, f. IV, octubre-diciembre de 1983, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, p. 1587.

(58) Ídem, p. 1588.

contribuir a integrar el capital social, el o los socios recurren a créditos o préstamos generados por ellos mismos. Al no integrar el capital, en caso de liquidación voluntaria o forzosa, podrán, como acreedores, pretender recuperar los recursos así aportados, en lugar de que los mismos queden subordinados al pago del resto de los acreedores de la sociedad, como ocurriría si los aportes hubieran conformado el capital social(59).

En cambio, la "infracapitalización real" o "material" se refiere a la situación que se da cuando el capital propio de la sociedad "no es suficiente para satisfacer, de acuerdo al tipo y dimensión de la actividad económica efectiva o propuesta, las necesidades financieras de mediano y largo plazo no susceptibles de ser normalmente cubiertos por créditos de terceros"(60).

En definitiva, la infracapitalización de ambas clases genera una transferencia del riesgo de la empresa a sus acreedores. Una *externalización* de dicho riesgo, en términos económicos. La misma, va más allá de lo autorizado por el derecho, rompiendo con el principio de que el patrimonio es la prenda común de los acreedores, derivación de la regla de que cada uno debe hacerse responsable de sus propios actos.

En el caso de la infracapitalización formal o nominal, la solución más adecuada estaría en la recalificación de la naturaleza del vínculo existente entre la sociedad y los socios respecto de los recursos suministrados ("prestados") a la sociedad. Éstos deberán perder el carácter privilegiado de créditos regulares, para tratarse como subordinados de naturaleza igual al crédito de los propietarios del capital por el valor de las acciones o cuotas de que resulten titulares. Tal es la tendencia general en el derecho comparado. También es la solución que se dio en el caso "Swift" al rechazar la verificación de los créditos de otras entidades del grupo "Deltec".

Igualmente, la exigencia de que cuando en una sociedad existen aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital y los activos de la sociedad, a valor de liquidación, no resultan suficientes para afrontar el pasivo social, dicho aporte no podrá ser restituido a sus titulares por la sociedad, sin recurrir a un procedimiento equivalente al que fija la Ley de Sociedades para la reducción voluntaria de capital(61).

El fenómeno de la infracapitalización ha dado lugar a un nutrido tratamiento de la necesaria responsabilidad derivada de la misma. Es que si el legislador puede dotar a las sociedades del beneficio de la limitación de la

---

(59) Vítolo, Daniel R., "Aportes, capital social e infracapitalización en las sociedades comerciales", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 492.

(60) Ulmer, Peter, *Gesellschafterdarlehen und Unterkapitali-sierung bei GmbH und GmbH & Co. KG en Festschrift für Konrad Duden zum 70*, Geburstag, C. H. Beck, München, 1977, ps. 661 y ss., citado por Manóvil, Rafael, "Responsabilidad de los socios por insuficiencia del capital propio (el modelo alemán)", en AA.VV., *Derecho empresario actual. Homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández*, Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 621.

(61) Res. general IGJ 12/2006, art. 2º.

responsabilidad de los socios frente a las deudas sociales, es lógico que también puede mantener este principio sólo en la medida en que se cumplan los presupuestos que establezca para dicha exclusión de responsabilidad(62).

Para algunos, incluso, la autoridad registral debiera denegar la inscripción de aquellas sociedades en las que se manifieste una "infracapitalización calificada", definida ésta como de índole "relevante o manifiesta"(63).

En todos los casos de infracapitalización existe una desproporción entre el objeto propuesto y el capital social con el que se ha dotado a la firma. Si los socios no dotan a la sociedad del capital *propio* adecuado para cumplir con las necesidades de su giro, y como consecuencia de ello, su patrimonio se resiente, es lógico que se impute responsabilidad a los socios por dicha subcapitalización. Los socios no pueden ser liberados de la responsabilidad de asegurar a la sociedad suficiente capital para poder mantener su actividad y responder por sus deudas. De lo contrario, una herramienta destinada a beneficiar al hombre en el desarrollo de sus capacidades lícitas se convertirá en un arma para perjudicar a terceros.

Un fallo de la sala D en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires advertía: "...todas las construcciones efectuadas en torno a las sociedades y su personalidad jurídica radican en definitiva, en un problema de hombres, y cuando más allá de ello se sostiene a ultranza el valor absoluto de las instituciones jurídicas, se corre el riesgo de crear escudos protectivos de la ilicitud, haciendo caer el derecho en una profunda contradicción o reduciendo su papel a un mero conjunto de reglas de juego, vacías de todo contenido moral o político"(64).

Cabe distinguir el caso de la omisión voluntaria —originaria o sobreviniente— de suficiente fondeo al patrimonio social, de aquel que deriva del fracaso inocente de la gestión del negocio por razones ajenas a su capitalización. Es que la compañía puede estar suficientemente capitalizada y —aun— fracasar en su explotación por razones externas a su solvencia (competencia irresistible de terceros, cambio de condiciones macro o microeconómicas, hechos naturales de fuerza mayor, etc.). Sólo el primer caso podrá generar responsabilidad por "infracapitalización" perforando el escudo que brinda la "responsabilidad limitada".

Es creciente la tendencia de la doctrina y la jurisprudencia a admitir la responsabilidad por infracapitalización, haciendo responsables a los socios de las sociedades infracapitalizadas por las consecuencias de dicha situación, especialmente a través de la aplicación de la teoría de la desestimación

---

(62) Manóvil, Rafael, "Responsabilidad de los socios...", cit., p. 609.

(63) Méndez, Juan José, "Las responsabilidades emergentes de la sociedad infracapitalizada", ED, 28/11/2003, p. 1.

(64) CNCic., sala D, 5/12/1997, "G. de P. c. G. A. y G. I. y otra", LA LEY, fallo 98179. Citado por Nissen, Ricardo A., "La infracapitalización...", cit., p. 20.

o del levantamiento del velo. También se han desarrollado fundamentos autónomos de responsabilidad totalmente al margen de la idea de personalidad jurídica(65).

El problema para la aplicación de esta solución radica en la dificultad para responder a la pregunta de cuándo una sociedad está infracapitalizada. Por ello, es que se ha sostenido que la responsabilidad por infracapitalización no es practicable, porque faltan parámetros objetivos que permitan a los tribunales una aplicación que no sea meramente arbitraria(66). Esto podría ser una peligrosa fuente de inseguridad jurídica.

Sin embargo, es posible encontrar algunas soluciones —si bien parciales— para el problema.

Nissen, por su parte, explica que la responsabilidad por infracapitalización sólo será admisible en las sociedades de responsabilidad limitada y en las sociedades anónimas cerradas. En las sociedades anónimas que cotizan abiertamente sus acciones, sus integrantes revisten más el carácter de inversores que de verdaderos socios, sin proximidad alguna con la administración social(67).

Por otro lado, en cuanto a cuán descapitalizada tiene que estar la sociedad para que se genere esta responsabilidad, esto es, la determinación del grado de subcapitalización que deberá existir para generarse responsabilidad por parte de los socios, la respuesta tampoco es fáciles. Manóvil expresa que —como en el derecho alemán— debe limitarse a los casos de infracapitalización *calificada*. Esa calificación estará determinada por la notoriedad e importancia de aquélla, y resultará necesaria a la luz de la imposibilidad de establecer límites precisos entre lo que es capital propio adecuado y lo que no lo es. Así, la exigencia de subcapitalización calificada recién justifica la responsabilidad cuando el faltante de capital es sustancial y evidente para el *insider*(68). Esta notoriedad en la infracapitalización se pondría en evidencia a través de una necesaria evaluación de la correlación entre la dimensión del negocio, el tipo y ramo de actividad en el que actúa, el plan financiero y los métodos de financiación elegidos, y la condición de la sociedad frente a la posibilidad de ser receptora de créditos. Así, "...en tanto, más allá de su exiguo capital, esté en condiciones de obtener crédito a tasas normales de mercado sin comprometer garantías adicionales, no podrá ser considerada como calificadamente subcapitalizada"(69). El derrotero para llegar a esta responsabilidad se hallará en soluciones de tipo "civilístico"

(65) Paz-Ares, Cándido, "Sobre la infracapitalización...", cit., p. 1591.

(66) Büschgen, GmbH-Rdsch 65 (1974), ps. 27 y 51, citado por Paz-Ares, Cándido, "Sobre la infracapitalización...", cit., p. 1604.

(67) Nissen, Ricardo A., "La infracapitalización...", cit., p. 22.

(68) Manóvil, Rafael, "Responsabilidad de los socios...", cit., p. 621.

(69) Manóvil, Rafael, "Responsabilidad de los socios...", cit.

—más relacionadas con el enriquecimiento sin causa de los socios— o societarios, tendientes a la desestimación de la personalidad societaria(70).

En la misma línea, Paz-Ares destaca que no es necesario recurrir a una evaluación que recurra a la teoría económica —lo que está fuera del alcance de los jueces—. Bastará con encontrar una infracapitalización *manifiesta*(71).

También es claro que la subcapitalización debe tener relación causal con la imposibilidad de pago o la insolvencia de la sociedad, la que debe estar debidamente comprobada.

De todos modos, son pocos los casos judiciales que admiten este tipo de responsabilidad. La razón de ello está, probablemente, en el temor que genera actuar sin parámetros definidos. Sin embargo, el primer párrafo del art. 54 de la Ley de Sociedades Comerciales, en cuanto establece la obligación solidaria de socios y controlantes de indemnizar el daño ocurrido a la sociedad por su dolo o culpa, admite su uso como base para la acción judicial de los terceros perjudicados por la infracapitalización de la misma. A través de este recurso, los terceros podrán procurar —en forma subrogatoria— la recomposición del patrimonio de la sociedad, sobre el que harán, luego, efectivas sus pretensiones(72).

También el tercer párrafo de este artículo admite su uso en materia de subcapitalización, en cuanto ésta constituye un recurso para violar la buena fe y frustrar los derechos de terceros, con la consecuencia de permitir imputar el pasivo o la insolvencia social a los socios responsables de aquélla(73).

6. Prestaciones accesorias: concepto y contenido; requisitos que deberán reunir

El art. 50 de la ley prevé que puede pactarse que los socios efectúen “prestaciones accesorias”. Éstas no integran el capital, por lo que su aportante no ve acrecentados sus derechos en la sociedad, si éste se vincula al porcentual de tenencia en el capital social. Sí integran el patrimonio de la sociedad.

Al no estar sometidas a las limitaciones dispuestas por el art. 39 de la ley, de modo de que pueden incluir prestaciones personales, asistencia técnica, o incluso, obligaciones de “no hacer”, adquieren especial relevancia en las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, en las que los aportes al capital están limitados exclusivamente a bienes “susceptibles de ejecución forzada”. Esta solución se vincula con la asignación de un carácter subjetivo a dicha responsabilidad, derivada de la culpa grave o el dolo del socio, que supo de la falencia y pudo y no quiso evitarla.

(70) Méndez, Juan José, “Las responsabilidades...”, cit.

(71) Paz-Ares, Cándido, “Sobre la infracapitalización...”, cit., p. 1606.

(72) Manóvil, Rafael, “Responsabilidad de los socios...”, cit., p. 628.

(73) Ídem nota anterior.

Con relación a estos aportes, en la sociedad de responsabilidad limitada no resulta aplicable la garantía de solidaridad dispuesta por el art. 150(74).

En cuanto a su formalización, las prestaciones accesorias deben determinarse en el contrato. Allí, deberá consignarse su naturaleza, modalidades, duración y sanciones en caso de incumplimiento. La ley no establece pautas para ello, siendo materia de acuerdo entre los socios. Deben estar claramente diferenciadas de los aportes y no pueden consistir en dinero, porque desnaturalizaría el fin al que están destinadas(75).

El aporte de prestaciones accesorias admite la fijación de una retribución para el aportante que puede tener diversas formas: puede significar para éste un incremento en las utilidades, una retribución mensual o periódica, etc. También puede ser gratuita, no generando retribución alguna hacia el aportante(76).

Según su origen, sólo pueden modificarse de acuerdo con lo convenido al momento de su constitución, o a través de la reforma del contrato con la mayoría necesaria para la misma, según el tipo y la conformidad expresa del aportante.

Cuando sean conexas a cuotas de sociedades de responsabilidad limitada, su transmisión requiere la conformidad de la mayoría necesaria para la modificación del contrato, salvo pacto en contrario. Y si fueran conexas a acciones, ésta deberán ser nominativas y se necesitará la conformidad del directorio(77).

Cabe advertir que la ley de contrato de trabajo —20.744— ha previsto la posibilidad de que se utilice el régimen de "prestaciones accesorias" para burlar la normativa laboral y previsional. Por ello, haciendo aplicación de lo impuesto por el "principio de primacía de la realidad" imperante en materia de derecho del trabajo, el art. 29 de dicha ley dispone que cuando los socios, en concepto de prestaciones accesorias, presten a la sociedad toda o parte principal de su actividad en forma personal y habitual con sujeción a las instrucciones o directivas que se le impartan o pudieran impartírsele para el cumplimiento de tal actividad, serán consideradas como obligaciones de terceros, con respecto a la sociedad, y regidas por la mencionada ley de contrato de trabajo y demás normativa laboral o previsional aplicable.

Síntesis

1. El capital social: funciones e importancia actual

1.2. Conceptualización: Es un elemento esencial no tipificante. Representa los aportes realizados por los socios, cuyo monto figura en el contrato

(74) Nissen, Ricardo A., *Ley de Sociedades...*, cit., t. I, p. 353.

(75) Ídem nota anterior.

(76) Farina, Juan, *Tratado de sociedades comerciales*, t. I, Zeus Editora, Rosario, p. 344.

(77) Conforme al art. 53, *in fine*.

constitutivo de la sociedad y sólo puede variar si se cumplen los requisitos que establece la ley.

1.2. Función del capital social: a. *Función de garantía*: Actúa como una "cifra de retención" del patrimonio que impide que los socios puedan ejercer derechos sobre ese conjunto de bienes más allá de la barrera que implica su valor nominal. b. *Función de organización:* Es también un parámetro de los derechos y obligaciones de los socios, y de la situación de los mismos frente a los terceros. c. *Función de productividad:* El capital social sirve de fondo patrimonial para la obtención de beneficios, mediante una determinada actividad empresarial.

2. Capital y patrimonio de la sociedad: distinción. Principios de ordenamiento del capital

El primero se refiere a la cifra estática, colocada en el contrato social, equivalente a la suma del valor de los aportes. El patrimonio es el atributo de la persona jurídica, y se identifica con el conjunto de derechos y obligaciones de valor pecuniario pertenecientes a la sociedad.

2.1. Principios ordenadores

a) *Principio de determinación del capital social*: El capital social debe ser un dato incorporado al contrato de sociedad. Es único y debe expresarse en moneda de curso legal.

b) *Principio de invariabilidad del capital social*: Implica su inmodificabilidad. El capital no se modifica en forma natural sino que requiere de una decisión expresa del órgano de gobierno de la sociedad, y previo cumplimiento de una serie de requisitos y ritos impuestos legalmente.

c) *Principio de intangibilidad del capital social*: Busca mantener la relación que debe existir entre el patrimonio y el valor nominal del capital social. Ejemplo: arts. 32, 53, 63, 68, etcétera.

d) *Principio de efectividad o correspondencia*: Es necesaria la correspondencia del capital social a los bienes que constituyen el patrimonio. Ejemplo: arts. 186, 187, 202, 190, etcétera.

e) *Principio de efectividad o realidad*: Tiende a evitar la creación de sociedades con capitales ficticios. Ejemplo: arts. 32, 37, 43, etcétera.

f) *La exigencia de capital mínimo*: Se exige un capital mínimo para las SA de pesos cien mil, y puede ser actualizado por el Poder Ejecutivo cada vez que lo estime necesario. Otros tipos carecen de mínimo de capital. Propósito: reservar la utilización de la SA, a empresas de mediano o gran tamaño, excluyendo su utilización para las pequeñas empresas.

g) *Necesidad de actualización de la cifra capital*: El art. 62 establece la necesidad de que los estados contables se confeccionen en "moneda constante".

3. Formación del capital social: bienes aportables. Aportes de obligaciones de dar y de obligaciones de hacer. Aportes en propiedad o en uso y goce. Mora en el aporte. Exigibilidad

3.1. Aportes. Bienes aportables: La Ley de Sociedades regula los bienes aportables, y la forma de efectuar su aporte y darle valor. Pueden consistir en obligaciones de dar —dinero o bienes no dinerarios— o de hacer, según el tipo. En las SA y SRL sólo se admite el aporte de “bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada”. La ley no admite las obligaciones de “no hacer”. Puede hacerse en propiedad, o en uso y goce. En las SRL y SA sólo son admisibles los aportes de uso o goce como “prestaciones accesorias”.

3.2. Mora en el aporte. Exigibilidad: El socio incurre en mora por el mero vencimiento del plazo de integración, y debe resarcir los daños e intereses. Si no hay plazo, el aporte será exigible desde la inscripción de la sociedad. La sociedad podrá excluir al socio moroso. Para las sociedades por acciones resultan aplicables los arts. 192 y 193. El plazo de prescripción es el genérico de cinco años.

4. Aporte de bienes registrables: requisitos que deberán cumplirse. Aporte de derechos. Aporte de créditos. Aporte de bienes gravados. Garantía por evicción y vicios redhibitorios

4.1. Bienes registrables. Inscripción preventiva: Cuando se requiera la inscripción en un registro, ésta se hará preventivamente a nombre de la sociedad en formación. Incluye inmuebles, automotores, buques, aeronaves, caballos de pura sangre, derechos intelectuales, acciones, etc. Se admite la adquisición de bienes registrables por la sociedad “irregular”.

4.2. Aporte de derechos: Los derechos pueden aportarse cuando, debidamente instrumentados, se refieran a bienes susceptibles de ser aportados y no sean litigiosos. Incluye derechos intelectuales, bienes inmateriales, patentes de invención, marcas y diseños industriales, concesiones administrativas, beneficios por operaciones o servicios realizados, etc. La forma de instrumentación deberá responder a la naturaleza del derecho aportado.

4.3. Aporte de créditos: La sociedad es cesionaria de los créditos aportados por la sola constancia en el contrato de sociedad. Si éste no es cobrado a su vencimiento, la obligación del socio se convierte en la de aportar sumas de dinero, que deberá hacer efectiva en un plazo de 30 días.

4.4. Aporte de bienes gravados: Los bienes gravados sólo pueden ser aportados por su valor con deducción del gravamen. La forma de instrumentación deberá responder a la naturaleza del derecho aportado.

4.5. Aporte de fondo de comercio: Debe cumplir con la ley 11.867 sobre “transferencia de fondos de comercio”. La ley de impuesto a las ganancias contiene un régimen especial para las “reorganizaciones de sociedades o fondos de comercio”. Los resultados provenientes de estas reorganizaciones *no* están alcanzados por el impuesto en la medida en que se cumplan con determinados requisitos.

4.6. Garantía por evicción y vicios redhibitorios: Quien transmite un bien a título oneroso debe garantizar la legitimidad del derecho que transmite, de modo de asegurar al adquirente del mismo su goce sin sufrir perturbaciones por parte de terceros.

4.7. Valuación de los aportes: El valor es determinado convencionalmente por las partes, pero la regulación hace diferencias según el tipo. a) Los títulos de crédito se valúan por el valor literal en el título; b) títulos cotizables en bolsa, por hasta su valor de cotización. Si no tiene un sistema de cotización, o no se hubieren cotizado habitualmente por tres meses, se les aplicará el procedimiento de valuación de aportes en especie que fija el art. 51 de la ley; c) Valuación de *aportes en especie*: Varía según el tipo: en las sociedades de personas, la ley defiere en los socios la valuación; en las SCS, para el aporte de los socios comanditarios, y en las SRL, se requiere la indicación de los antecedentes justificativos de la valuación. En las SRL, los socios son solidaria e ilimitadamente responsables por la sobrevaluación; en las sociedades por acciones, la valuación debe ser aprobada por la autoridad de contralor. Deberá hacerse: i) por el valor de plaza, cuando se tratare de bienes de valor corriente, o ii) por valuación pericial, cuando a juicio de la autoridad de contralor no pueda ser reemplazada por informes de reparticiones estatales o bancos oficiales.

5. Infracapitalización. Concepto

Se refiere a "cualquier desproporción entre la magnitud del capital de responsabilidad fijado estatutariamente y el nivel de riesgo de la empresa que en cada caso se programe para llevar a efecto el objeto social". Puede ser: "infracapitalización nominal o formal", caso en que los socios suministran los recursos necesarios para el giro en cantidad suficiente, pero bajo un concepto o título diverso del de "aporte", o "infracapitalización real o material", que se da cuando el capital propio de la sociedad no es suficiente para satisfacer, de acuerdo con el tipo y dimensión de su actividad económica, las necesidades financieras de mediano y largo plazo no susceptibles de ser normalmente cubiertos por créditos de terceros. Se ha dado una discusión sobre la posibilidad de responsabilidad derivada de la infracapitalización.

6. Prestaciones accesorias: concepto y contenido; requisitos que deberán reunir

Puede pactarse que los socios efectúen "prestaciones accesorias". Éstas no integran el capital, por lo que su aportante no ve acrecentados sus derechos en la sociedad, sí integran el patrimonio de la sociedad. Pueden incluir prestaciones personales, asistencia técnica o, incluso, obligaciones de "no hacer", adquieren especial relevancia en las sociedades por acciones y SRL, en las que los aportes están limitados exclusivamente a bienes "susceptibles de ejecución forzada".

Capítulo VIII

Organización societaria

Por Hernán Rey[1]

Sumario: 1. Organización societaria: concepto. Organización económica y organización jurídica. 1.1. Organización societaria. 1.2. Organización económica. 1.3. Organización jurídica.— 2. Funciones necesarias para la sociedad y funciones en interés directo de los socios. 2.1. Funciones necesarias para la sociedad. 2.2. Funciones en interés directo de los socios.— 3. El concepto de órgano. El sistema organicista. 3.1. El concepto de órgano. 3.2. El sistema organicista.— 4. Órganos de administración y representación en general: distinción. Régimen de los distintos tipos societarios. 4.1. Órganos de administración y representación en general: distinción. 4.2. Régimen de los distintos tipos societarios.— 5. Imputación a la sociedad de los actos cumplidos por sus representantes. Teoría del *ultra vires*. Límites a la actuación de los administradores. 5.1. Imputación a la sociedad de los actos cumplidos por sus representantes legales y convencionales. Actos ejecutados por dependientes. 5.2. Teoría del *ultra vires*. 5.3. Límites a la actuación de los administradores.— 6. Responsabilidad de los administradores. Inscripción y publicidad de la designación y cesación de los administradores. 6.1. Responsabilidad de los administradores. 6.2. Inscripción y publicidad de la designación y cesación de los administradores.— 7. Órganos de gobierno y de fiscalización en general. Régimen en los distintos tipos societarios. 7.1. Órgano de gobierno. Régimen en los distintos tipos societarios. 7.2. Órgano de fiscalización.— Síntesis.

1. Organización societaria: concepto. Organización económica y organización jurídica

1.1. Organización societaria

Inicialmente, y a los fines de indagar los alcances de la caracterización de la organización societaria, se debe partir de un concepto de raigambre esencialmente económica, en este caso “empresa”, que es entendida como

---

(1) Abogado (UBA).

la organización de capital y trabajo (factores productivos) inserta en el mercado con aptitud para producir e intercambiar bienes y servicios. Así, la empresa puede traducirse en el ejercicio de la actividad de una sola persona física (unipersonal) o bien en la organización colectiva o plural de dos o más personas físicas o jurídicas (sociedad).

Sentado lo expuesto, destáquese que tanto la empresa como la sociedad implican "organización", pero distinguiéndose que la empresa estructura los factores productivos para darles dinamismo dentro del mercado, en cambio, la sociedad organiza jurídicamente a los socios (empresarios) quedando dotada como sujeto de derecho titular de la empresa. De tal modo, la sociedad es una persona jurídica y la empresa no lo es.

La organización societaria supone, por regla(2), un medio técnico traducido en un contrato plurilateral de organización —valga la redundancia— (art. 1°, ley 19.550 —en adelante, LSC—) que crea un sujeto un sujeto de derecho (art. 2°, LSC), con patrimonio propio, y al cual —como tal— se imputan derechos y obligaciones; y además implica estructurar funcionalmente al ente ajustándolo a alguno de los tipos societarios previstos legalmente y estableciendo las reglas concernientes a la expresión de sus decisiones que hacen a la actuación, administración y consecuente control de la misma a través de los órganos societarios respectivos; todo ello a los fines de la consecución del objeto social.

1.2. Organización económica

La organización económica societaria comprende la gestión de los recursos aportados por los socios, que presentados como el patrimonio mercantil del ente, exigen ser direccionados al desarrollo de la actividad empresarial asumida.

En tal contexto, el patrimonio societario requiere de una administración, pues pone de manifiesto la gestación de una hacienda comercial que conlleva la producción e intercambio de bienes y servicios, y se traduce, entre otros factores, en la constante interacción del ente con otras empresas, diversos vínculos con empleados y profesionales, la utilización de la tecnología, etcétera.

Todo ello, entonces, necesita de una organización de funcionamiento operacional de la actividad económico - productiva, cuyo grado de sofisti-

(2) Se afirma "por regla" ya que, conforme a la legislación actual, existen diversas hipótesis de constitución de sociedades comerciales sin recurrir al contrato plurilateral de organización (art. 1°, LSC), tales como: i) el art. 28 de la LSC que establece que, en ciertos casos de imposición de la indivisión hereditaria, y frente la existencia de un establecimiento comercial y de herederos menores, éstos deben ser socios con responsabilidad limitada; o ii) el art. 43 de la ley 24.522 (LCQ)que prevé casos de acuerdos preventivos en los cuales el deudor concursado constituya una sociedad con sus acreedores quirografarios, etcétera.

cación estará determinado por la magnitud del emprendimiento comercial encarado en cada caso concreto.

1.3. Organización jurídica

La organización jurídica societaria entraña el otorgamiento de un contrato social o estatuto, según los casos, que aparece como el medio técnico que crea a la persona jurídica, le confiere un nombre, un domicilio, su plazo de duración o existencia, define su objeto social, pero además regula el funcionamiento de los órganos sociales sean de gobierno, administración o control, fijando prioritariamente el *quantum* de los aportes de los socios, así como sus derechos y obligaciones, regulando también la distribución de beneficios y asunción de pérdidas, etcétera.

En este sentido, el contrato plurilateral de organización comprende la estructuración del funcionamiento social regulando las diferentes relaciones jurídicas de los socios entre sí y para con la sociedad, y asimismo estableciendo los alcances de la actuación del ente para su vinculación legal con los terceros.

Por ello, y en procura de la organización jurídica societaria, el instrumento constitutivo (art. 11, LSC) del ente debe conocer, al menos someramente, entendiendo el carácter supletorio que prevalece en la LSC, sobre un conjunto de elementos que seguidamente se exponen, pero dejándose en claro que la regulación que se formule tendrá que respetar los requisitos esenciales impuestos por cada tipo societario, ello bajo pena de nulidad (art. 17, LSC).

Los elementos que con prevalencia deberá regular el acto constitutivo son los siguientes:

1.3.1. Denominación societaria

La sociedad, en tanto persona jurídica, requiere ser individualizada a efectos de la imputación de derechos y obligaciones.

Existe libertad de elección del nombre social, pero con restricciones concernientes a su novedad, pues está prohibida la utilización de designaciones ya elegidas por otras sociedades. Esta característica de la novedad, y su consecuente inconfundibilidad, trae como resultado la posible valoración económica del nombre social.

Legalmente, el nombre social puede ser una “razón social” o “denominación.

Se entiende por “razón social” a la designación de la sociedad que incorpora el nombre de uno o más socios, poniendo de manifiesto la responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada de los integrantes. La denominación

utiliza un nombre de fantasía y presupone la limitación de responsabilidad de los socios.

Por su parte, y en todos los casos, el nombre societario debe integrarse con la palabra del tipo social electo para actuar.

1.3.2. Domicilio

Es imperativo que la sociedad tenga un domicilio radicado en la jurisdicción territorial donde el ente se constituye e inscribe en el Registro Público de Comercio respectivo. Distinto es el caso de la sede social que resulta ser el lugar donde funciona la administración de los negocios de la sociedad y puede no coincidir con el domicilio social.

El domicilio legal de la sociedad inscripto en el Registro Público de Comercio hace presumir que ésta allí se domicilia, no admitiéndose prueba en contrario, razón por la cual en ese domicilio deberá ser citada a todos los efectos legales, teniéndose por válidas las notificaciones que en dicho lugar se efectúen.

1.3.3. Plazo de duración

La sociedad precisa que se establezca un plazo determinado de duración, quedando en los socios la decisión de fijar su extensión dado que legalmente no se establecen ni mínimos ni máximos. El vencimiento del plazo de vigencia de la sociedad es causal de disolución del ente, pudiendo los socios prorrogarlo antes de expirado, o bien reconducirlo luego de acaecida dicha circunstancia. Vencido el plazo de duración igualmente se mantiene la imputación de los actos jurídicos a la sociedad.

1.3.4. Capital social

El patrimonio social está representado por los aportes de cada uno de los socios, y el contrato social o estatuto debe indicar el aporte que cada uno de éstos obligatoriamente debe efectuar. Ese capital social define entonces la posición jurídica de cada socio, estableciendo la proporcionalidad de su participación societaria y, en consecuencia, la extensión de sus derechos y obligaciones frente al ente.

El acto constitutivo debe fijar con exactitud el capital social y expresarlo en moneda de curso legal.

El capital social otorga capacidad financiera de la corporación y brinda los recursos, según el tipo de actividad iniciada, que serán volcados a la producción e intercambio de bienes y servicios. Además, actúa como garantía patrimonial frente a los terceros que contratan con la sociedad.

El tipo societario adoptado determinará la clase de aportes permitidos. En las sociedades personales son admisibles todo tipo de aportes, sean obli-

gaciones de dar o hacer. Distinto es el caso de las sociedades de capital, donde los aportes siempre deben ser obligaciones de dar.

Se entiende por obligaciones de dar a aquellas que tienen por objeto la entrega de cosas, sean muebles o inmuebles, y por obligaciones de hacer, las que implican la prestación de servicios o ejecución de un hecho.

Finalmente, señálese que el capital social debe ser intangible, no pudiendo ser variado (aumentado o disminuido) sin ajuste a las normas legales aplicables, manteniéndose dicha invariabilidad, más allá de que los bienes aportados modifiquen su valor o hubiesen salido del patrimonio social [(3)].

1.3.5. Objeto social

El objeto social es el conjunto de actividades que va a desenvolver la sociedad a efectos de la consecución de sus fines propios que, en todos casos, procurará la generación de utilidades. Se considera que el objeto tiene naturaleza eminentemente funcional debido a que, conforme el art. 58 de la LSC, delimita la imputación al ente de los actos de sus órganos, definiendo los alcances de su competencia [(4)].

El objeto social debe ser posible, lícito y determinado, en tanto fija los márgenes de la capacidad de la sociedad.

El objeto social debe ser materialmente posible, siendo nula la sociedad si la imposibilidad fáctica es originaria, y constituyendo una causal de disolución si tal inviabilidad es sobreviniente al acto constitutivo. Además, el objeto debe comprender actividades lícitas y ajustadas a su tipo social, produciéndose también en estos casos la nulidad societaria si el desajuste es contemporáneo al nacimiento de la sociedad, o dando lugar a una causal de disolución de la misma si la situación es sobreviniente.

Además, el objeto social requiere estar determinado, debiendo ser claro y exacto, lo cual no implica formular un puntual y cerrado detalle de cada una de las actividades que desarrollará la sociedad, pues tal circunstancia puede traer aparejado dificultades en el funcionamiento del ente, sino que se requiere enunciar las categorías de actividades económicas a concretarse por la corporación, pudiendo incluir no sólo actividades principales, sino también secundarias, conexas o complementarias. Por tal motivo, y en tanto puede existir pluralidad de objetos sociales, debe descartarse su enunciación genérica, vaga o ambigua.

Yendo al aspecto funcional, por un lado, el objeto expresa el margen de actuación de los representantes, y por otro, establece la frontera de imputación o no de los actos de tales representantes a la sociedad. Es decir, el

(3) Zaldívar, Enrique, *Cuadernos de derecho societario,* vol. I, p. 208.
(4) Fargosi, Horacio, "Sobre el objeto social y su determinación", LA LEY, 1977-A, 658.

administrador obliga a la sociedad por todos los actos que no fueran notoriamente al objeto social, razón por la cual todos los ejecutados dentro de estos límites resultan imputables al ente, aun cuando existan deficiencias internas en el funcionamiento del órgano [5].

Además, el objeto se presenta como pauta valorativa para evaluar la diligencia de los administradores en ejercicio de sus funciones (art. 59, LSC); pues la ejecución —sin más— de actos manifiesta y evidentemente extraños al objeto supone dar por tierra con la actuación del administrador siguiendo el cartabón de un "buen hombre de negocios".

1.3.6. Órganos de gobierno, administración y control

Entendiendo que la sociedad requiere de una organización jurídica, la regulación de la toma de decisiones de los socios, la gestión de los administradores y su control aparecen como condiciones insoslayables de la constitución del ente.

Cada tipo societario tiene sus particularidades en cuanto al modo de establecer las características de la administración y representación del ente, las reuniones de los socios para la toma de las decisiones de gobierno, o bien los esquemas de fiscalización y control de la gestión de la sociedad.

Las sociedades de personas se organizan sobre la base de las reglas previstas para la sociedad colectiva, con una administración y gobierno que siempre prioriza la actuación de los socios con responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada, y con el control de gestión a cargo de cualquiera de los socios. En cambio, las sociedades de capital, por regla, colocan la administración a cargo de los socios o terceros, las decisiones sociales están sujetas a la proporción de la participación societaria, y el control puede recaer también en cualquiera de los socios pero con limitaciones en los casos de previsión contractual o legal de órganos de fiscalización, tales como sindicaturas o consejos de vigilancia.

1.3.7. Distribución de utilidades y asunción de pérdidas

La organización del ente necesita también de un régimen de distribución de utilidades y asunción de pérdidas por los socios, ello en tanto la sociedad comporta para sus integrantes el ánimo de lucro y, al mismo tiempo, la admisión de los riesgos inherentes a la actividad comercial. Por ello, el acto constitutivo ordenará las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas, y supletoriamente, en caso de silencio de los otorgantes del

---

(5) Jurisprudencialmente se ha expuesto que "no es admisible que las sociedades puedan oponer a los terceros la inexistencia de las actas para enervar los actos o contratos celebrados por sus representantes legales, con las debidas formalidades y en el marco de los negocios propios del objeto" (CNCom., sala C, 26/4/1984, *in re* "Banco Mercantil Argentino v. Vizental y Cía., SA y otra", *www.laleyonline.com.ar*).

instrumento, el reparto lo será en proporción a los aportes, quedando establecido que si se prevé sólo la forma de distribución de utilidades, ésta se aplicará para soportar pérdidas y viceversa.

1.3.8. Derechos y obligaciones de los socios

Se podrán establecer en el acto constitutivo cláusulas que regulen las relaciones jurídicas entre los socios y la sociedad, y considerarse, principalmente en las sociedades de personas, diversas regulaciones concernientes a los vínculos entre los socios y de éstos para con terceros.

1.3.9. Liquidación de la sociedad

La organización jurídica de la persona jurídica de existencia ideal exige además la reglamentación de los términos de la disolución del ente, y en su caso, de su liquidación.

2. Funciones necesarias para la sociedad y funciones en interés directo de los socios

2.1. Funciones necesarias para la sociedad

Tal como se expusiera anteriormente, el funcionamiento de la sociedad requiere del empleo de órganos de gestión y gobierno que desplieguen su actuación poniendo de relieve la voluntad social del ente, tanto internamente para con los socios, o bien en lo externo para su expresión hacia terceros.

Por ello, señálese como funciones imprescindibles de la sociedad a las siguientes:

2.1.1. Administración

El desarrollo de la actividad mercantil, y el direccionamiento a cumplir el objeto societario propuesto, requiere de la adopción y ejecución constante y sistemática de decisiones empresariales vinculadas a la actividad económica y productiva del ente, todas las cuales deben quedar a cargo de una administración que, en correspondencia con el tipo societario elegido, y las características organizacionales contractuales definidas por los socios, podrá estar compuesta por una o más integrantes, sean socios o terceros, y con actuación individual o colegiada, según los casos. La administración atañe a la faz interna de la sociedad y a las relaciones de los socios entre sí y con el propio ente.

2.1.2. Representación

Las decisiones societarias ya aludidas, y su ejecución, requieren de modo inevitable la vinculación jurídica con terceros, básicamente a través

de la contratación en el mercado de bienes y servicios relacionados con la actividad empresarial de la sociedad en cuestión. Para entablar tales relaciones jurídicas del ente con terceros, es necesaria la actuación de un representante de la sociedad que, de acuerdo con las facultades que el contrato le otorgue, o por disposición de la ley, obligará a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social. En definitiva, la representación se refiere al aspecto externo de la sociedad y las relaciones jurídicas con los terceros.

2.1.3. Gobierno

Los socios, en sus carácter de responsables y beneficiarios de la actividad societaria, necesitan tomar las decisiones más trascendentes de la sociedad y trazar los lineamientos, más severos o laxos según el caso, que deberá seguir la administración a efectos del desarrollo de la actividad empresaria procurando la consecución del objeto social. Pero, además, los socios tendrán a su cargo decidir las modificaciones del instrumento constitutivo, la elección y remoción de los administradores del ente, la aprobación de sus estados contables, la fijación del domicilio social, los futuros aumentos de capital, la disolución y liquidación de la sociedad, su transformación, fusión o escisión, la distribución de ganancias líquidas y realizadas, etc. La manera de llevar a cabo la toma de las decisiones de gobierno es a través de la reunión de socios, cuyos términos, condiciones y alcances estarán dados por el tipo societario adoptado, las diversas previsiones legales y, en su caso, las disposiciones contractuales propias de cada sociedad en particular.

2.2. Funciones en interés directo de los socios

Los socios requieren de mecanismos de resguardo de sus intereses dentro del ente, a través del control de los actos desplegados por la administración en el desarrollo de la actividad mercantil. Esa función de control, que presupone acceso a la información social, resulta un derecho básico inherente a la calidad de socio.

La fiscalización de la administración a cargo del socio, por regla, recae directamente en éste, y puede ejercitarla —según los casos— de manera constante, examinando los libros y papeles sociales y recabando del administrador los informes pertinentes (art. 55, LSC), ya sea sobre la marcha de los negocios, las particularidades de la ejecución de las decisiones sociales, etc.

No obstante, el derecho del socio a fiscalizar y acceder a la información corporativa no es irrestricto, debiendo ajustarse a un ejercicio razonable que supone dejar de lado conductas abusivas que comprometan o entorpezcan el funcionamiento normal de la administración social. Tampoco el control del socio podrá dar lugar al acceso a información vinculada a secretos comerciales —llámese patentes, modelos industriales, *know how*, etc. —.

El ejercicio del control societario, ejercido directamente por el socio, puede hacerse de modo personal —examinando libros sociales, contables, documentación fiscal o comercial, etc.— o mediante pedido de informes a la administración. Al respecto, en estos casos, no existen limitaciones para el socio en lo concerniente al porcentaje de su participación societaria en la sociedad.

Sin embargo, puede darse que, por previsión estatutaria o legal, en ciertas hipótesis deba recurrirse al control societario a través una sindicatura o un Consejo de Vigilancia según los casos. Así, de acuerdo con el importe del capital social de las sociedades de responsabilidad limitada (art. 158, LSC) y las sociedades anónimas (art. 299, LSC), y atendiendo a que la magnitud del *quantum* patrimonial llegue a los valores legalmente previstos, será obligatoria para la sociedad la instauración de un órgano fiscalizador de la administración. También, en este tipo de sociedades, cuando el capital sea menor, igualmente, podrá preverse como órgano de control a una sindicatura. En estos supuestos, la fiscalización del socio ya no será directa, sino que, por el contrario, deberá realizarla mediante la intervención de los órganos designados al efecto por la sociedad, ya sea sindicatura o Consejo de Vigilancia, y conforme a las pautas legales y contractuales previstas para el ejercicio del control. Asimismo, en tales situaciones, se restringe el acceso a la información por parte del socio en los casos que no cuente con la participación societaria de al menos el dos por ciento (2 %) del capital social (art. 294, inc. 6°, LSC).

El control de la administración societaria, además de ser desplegado por los socios o por los órganos de fiscalización aludidos, recae indefectiblemente también en el órgano de gobierno ya que, si bien no es un órgano permanente de la sociedad —a diferencia del de administración controlado—, podrá en las reuniones de socios dar tratamiento y resolver sobre la aprobación o no de la gestión de los administradores, de los estados contables, etcétera.

3. El concepto de órgano. El sistema organicista

3.1. El concepto de órgano

El concepto de órgano comporta el elemento funcional de toda sociedad, mediante el cual lleva a cabo la concreción de su administración, representación, gobierno, fiscalización, en caso de corresponder, y finalmente su liquidación. El órgano es parte integrante del ente, y por ende, supone la expresión de la propia sociedad, quedando descartada de plano que la actuación de ésta reporta al desempeño de un mandatario o representante.

El órgano societario, en cualquiera de sus funciones de administración, representación, gobierno, etc., aparece como la sociedad misma, y es por ello que los alcances de las atribuciones de éstos —en tanto reflejan a la so-

ciedad— están regulados legalmente no pudiendo los socios decidir suprimir ni restringir las mismas.

3.2. El sistema organicista

La LSC acoge el sistema organicista, que expresa la relación entre la sociedad y cada uno de sus órganos, mediante la imputación directa al ente de los actos jurídicos decididos y ejecutados por tales órganos, siempre y cuando no fueren notoriamente extraños al objeto social.

El sistema organicista supone dejar de lado la concepción según la cual era aplicable a la actuación de administradores, representantes, etc., los principios y reglas del mandato. Ello así, pues los órganos sociales conforman la sociedad y transmiten su voluntad a través de personas (funcionarios) que imputan su actuación directamente al ente, caso diferente de los mandatarios que actúan por sí pero en nombre y representación del mandante [6].

4. Órganos de administración y representación en general: distinción. Régimen de los distintos tipos societarios

4.1. Órganos de administración y representación en general: distinción

Como se explicara anteriormente, la administración social supone la existencia de un órgano de administración y otro de representación, que, si bien ambos están íntimamente ligados, en lo funcional y operativo presentan diferencias, pues el primero se ocupa de la organización y dirección de la empresa, y el segundo asume la representación del ente frente a terceros.

El órgano de administración ostenta la conducción societaria, adoptando las decisiones que procuren la consecución del objeto social y organizando funcional y empresarialmente al ente. Es aquel que tiene a su cargo la

(6) Al respecto, señálese que "el representante difiere del órgano de la persona jurídica ante todo, porque: 1) como no todos los representantes son órganos, así no siempre órgano implica representación: algunos, como la asamblea, tienen más bien funciones deliberativas y, si se prefiere, directivas, pero con carácter prevalentemente interno; algunos otros, como el administrador, pueden asimismo carecer de representación (...) ; 2) y también, porque el representante expresa su propia voluntad y presupone o puede presuponer una voluntad del representado separada (...), mientras que el órgano es siempre el depositario y el vehículo (o portador) de la voluntad única, que es de la persona jurídica; tanto que, haciendo abstracción del órgano, la persona jurídica no podría tener ni —menos aun— expresar una voluntad (el órgano es elemento intrínseco de la persona jurídica); 3) finalmente, porque representante es quien obra a nombre de otro (...), mientras que órgano es el trámite por el que la persona jurídica obra directamente y en nombre propio" (HALPERIN, ISAAC - OTAEGUI, JULIO C., *Sociedades anónimas,* 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, ps. 35 y ss., citando al autor italiano Francesco MESSINEO).

conducción de la sociedad desde el punto de vista interno. Realiza los actos que tienden al cumplimiento del objeto social, posibilitando la realización de la finalidad que cada uno de los socios busca, mediante su supeditación a un orden jurídico especial. Lo dicho supone llevar a cabo la operación de la empresa, planificar, coordinar y controlar el giro comercial y, en su caso, interactuar con los restantes órganos societarios (sean de gobierno y control) y los socios.

En la faz externa, y diferenciándose de las funciones descriptas en el párrafo anterior, aparece el órgano de representación que es el encargado de ejecutar las decisiones operacionales y empresariales frente a terceros, estableciendo los vínculos jurídicos que obligarán directamente a la sociedad.

Es decir, el sustrato de las decisiones societarias queda en cabeza del órgano de administración, pero su expresión hacia afuera generando las relaciones jurídicas con terceros recae en el órgano de representación(7), siendo inviable que la consumación de tales vínculos obligacionales para el ente se desarrolle con la intervención de cualquier otro órgano del ente.

4.2. Régimen de los distintos tipos societarios

Se formula una síntesis del régimen del órgano de administración previsto para cada uno de los tipos societarios.

4.2.1. Sociedad colectiva

La administración de la sociedad está a cargo de cualquiera de los socios indistintamente, salvo previsión contractual en contrario (art. 127, LSC). En caso de regulación del contrato social, la administración y representación podrá encomendarse a socios o terceros. Frente a pluralidad de administradores, la regla será que administran la sociedad indistintamente, salvo estipulación contractual de actuación conjunta, caso en el cual ninguno de los administradores podrá obrar individualmente (art. 128, LSC). Por decisión de los socios, el administrador podrá ser removido en cualquier momento sin invocación de causa, salvo pacto en contrario. En este caso, y si se exige justa causa para la remoción del administrador, éste conservará su cargo hasta el dictado de la sentencia judicial (art. 129, LSC), ello sin perjuicio de poder recurrirse a la intervención judicial, sea mediante el nombramiento de un veedor, uno o varios administradores o de uno o varios coadministradores. El administrador podrá renunciar libremente y en cualquier momen-

(7) Este esquema funcional es perfectamente verificable en el caso de las sociedades anónimas, en las que el directorio, como órgano de administración, es quien resuelve los actos de gestión social, pero quien expresa esa voluntad social frente a terceros es el presidente del directorio, por ley (art. 268), su órgano de representación.

to, pero será responsable por los perjuicios ocasionados al ente en caso de renuncia intempestiva o dolosa (art. 130, LSC).

4.2.2. Sociedad en comandita simple

Los socios comanditados —es decir, los que asumen responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria por las obligaciones sociales—, o bien terceros, pueden ejercer la administración del ente, aplicándose al funcionamiento del órgano el régimen legal de la sociedad colectiva (art. 136, LSC). Está vedada la posibilidad que los socios comanditarios —es decir, limitados en su responsabilidad sólo al capital que se obliguen a aportar— ejerzan la administración de la sociedad, y en caso de vulnerarse tal prohibición perderán la limitación de su responsabilidad social (art. 137, LSC). El socio comanditario, en caso de muerte, quiebra o incapacidad de los socios comanditados, podrá ejecutar los negocios urgentes que requiera la gestión de la sociedad, pero dentro del término de tres meses deberá regularizarse la situación, incorporando a un comanditado que ejerza la administración, caso contrario el socio comanditario responderá solidaria e ilimitadamente por las obligaciones contraídas así (art. 140, LSC).

4.2.3. Sociedad de capital e industria

La administración y representación social pueden recaer sobre cualquiera de los socios, sea el socio capitalista o el socio industrial, aplicándose también en este caso supletoriamente las normas previstas para el órgano de administración en la sociedad colectiva. Queda excluida la administración a cargo de un tercero no socio (art. 143, LSC).

4.2.4. Sociedad de responsabilidad limitada

El órgano de administración es ejercido por la Gerencia, que puede estar integrada por uno o más personas, socios o no, designados en el contrato constitutivo o posteriormente, por tiempo determinado o indeterminado (art. 157, LSC). La designación de nuevos gerentes, salvo regulación contractual en contrario, requiere el voto favorable en reunión de socios de al menos las tres cuartas partes del capital social (art. 160, LSC). Prevista una gerencia plural la administración será indistinta, salvo previsión contractual que establezca la actuación conjunta (art. 157, LSC). No puede limitarse la revocabilidad, salvo cuando la designación fuese condición expresa de la constitución de la sociedad.

4.2.5. Sociedad anónima

El Directorio tiene a su cargo la administración de este tipo de sociedades. En un primer estadio, el estatuto designará y fijará el número de directores y la duración de sus cargos, quedando luego las elecciones futuras de

los directores a cargo de la asamblea ordinaria o en su caso del Consejo de Vigilancia (arts. 255 y conc., LSC). Los directores podrán ser reelegidos y su designación es esencialmente revocable, pero sujeta la decisión de remoción únicamente a la asamblea de accionistas. La duración en el cargo no puede exceder de tres períodos, aunque el director se mantiene en el cargo hasta ser reemplazado, pero en el caso de la elección del director por parte del Consejo de Vigilancia, el término de vigencia del cargo podrá extenderse hasta cinco años. El estatuto podrá establecer la elección de directores suplentes para el caso de vacancia (art. 258, LSC), siendo obligatoria dicha designación si prescinde de la sindicatura, o la sociedad está incluida en alguno de los supuestos previstos por el art. 299 de la LSC. La representación de la sociedad será ejercida por el presidente del Directorio, pudiendo el estatuto prever la actuación de uno o más directores en esa función.

5. Imputación a la sociedad de los actos cumplidos por sus representantes. Teoría del *ultra vires*. Límites a la actuación de los administradores

5.1. Imputación a la sociedad de los actos cumplidos por sus representantes legales y convencionales. Actos ejecutados por dependientes

5.1.1. Representación legal

El análisis de la imputación a la sociedad de los actos ejecutados por sus representantes legales, actuando éstos como un órgano del ente, tiene como punto de partida el concepto de capacidad del sujeto de derecho corporativo. La sociedad tiene capacidad de derecho para realizar todos los actos que no le estuviesen expresamente prohibidos, eso sí, sujeto a las limitaciones propias de todo ente de existencia ideal.

En este sentido, y por su naturaleza corporativa y mercantil, la sociedad está imposibilitada de ejercer actos típicamente civiles, tales como aquellos vinculados al derecho de familia, sucesorio, o bien referidos a derechos personalísimos, etc. Pero la capacidad de la sociedad comercial supone la aptitud para ejecutar todos los actos que no sean notoriamente extraños a su objeto social (art. 58, LSC).

De las características reseñadas, queda claro que a la sociedad comercial le son imputables todos los actos de sus representantes que no fueren notoriamente extraños al objeto social, quedando consecuentemente el ente obligado por las relaciones jurídicas concertadas en estos términos. Es decir, la actuación de la sociedad, a través de sus órganos, no debe exceder notoriamente los límites determinados por el objeto social[8]. Pero debe

(8) Se ha dicho que "el art. 58 de la ley 19.950, establece, que la persona que tenga la representación de la sociedad, obliga a esta por todos los actos que no sean notoriamente

aclararse que la sociedad puede desarrollar todos los actos referidos específicamente a su objeto social con más aquellos conexos, vinculados y complementarios para la factibilidad del mismo.

Por lo expuesto, el campo de acción de la sociedad, y de la imputabilidad de los actos concertados por sus representantes legales, resulta lo suficientemente amplio y abarcativo de todos aquellos actos cuya incongruencia con el objeto no sea manifiestamente atendible. La determinación o no de la notoria ajenidad al objeto social será una cuestión de hecho que deberá ser valorada en cada caso en concreto y, a los fines de interpretar la imputación o no a la sociedad del acto en cuestión, deberá adoptarse un criterio amplio.

Por su parte, la representación legal de la sociedad, en ciertos casos, puede estar en cabeza de un órgano plural. Como principio general, la LSC establece la inimputabilidad a la sociedad de todos los actos ejecutados por los representantes societarios infringiendo el régimen de administración plural, sea conjunta o colegiada. Sin embargo, por excepción, aun frente a la infracción del representación plural, y siempre y cuando el tercero cocontratante no tuviere efectivo conocimiento de la tal irregularidad, los actos son imputables a la sociedad si se trata de obligaciones contraídas mediante títulos valores [9], contratos entre ausentes, contratos de adhesión o concluidos mediante formularios (art. 58, párr. 2°, LSC).

5.1.2. Representación voluntaria

A diferencia de los casos en que la sociedad actúa a través de su órgano de representación, señálese que, en la práctica habitual, la sociedad se relaciona jurídicamente con terceros mediante la intervención de representantes voluntarios —en este caso, mandatarios—, cuyas gestiones deberán ajustarse a los términos contractuales del apoderamiento, pero también a los límites establecidos para los representantes orgánicos (representantes legales) en cuanto a no exceder sus actos los límites de notoria ajenidad al objeto social del ente.

5.1.3. Actos ejecutados por dependientes

Existen casos en que la sociedad contrata con terceros sin la intervención de su órgano de representación, sino a través de la actuación de sus

---

extraños al objeto social; y en consecuencia si los estatutos prevén la facultad de 'administrar y disponer de los bienes en que tenga invertido su capital y reservas, pudiendo a tal efecto realizar toda clase de actos jurídicos', la venta de los lotes de su propiedad no construyo acto ajeno al giro social" (CNCiv., sala E, 10/10/1978, *in re* "Valdés Concha, José y otra v. Amparo Cía. Arg. de Seguros SA", *www.laleyonline.com.ar*).

(9) Ejemplificando, judicialmente, se resolvió que "la antefirma inserta en el pagaré importa crear la apariencia formal atributiva de responsabilidad a la persona jurídica demandada, sin que le sean oponibles al ejecutante de buena fe las disposiciones internas de representación plural que se habrían infringido" (CNCom., sala B, 5/6/1995, *in re* "Donato, Luis A. v. Confederación General Económica", *www.laleyonline.com.ar*).

dependientes. En muchas oportunidades, estos dependientes, aun careciendo de autorización para representar a la sociedad, concluyen negocios con terceros. En tales situaciones, y si bien no existe una norma legal que regule este escenario, resulta de aplicación la denominada "doctrina de la apariencia" —que cuenta con arraigo jurisprudencial—, según la cual se imputa el acto del dependiente a la sociedad, ello sujeto a que, por un lado, el ente haya evidenciado, a través de sus actos precedentes, una presunción de consentimiento para con el dependiente y, por otro, el tercero haya considerado que sí existían facultades para obrar dentro de un marco de buena fe y creencia razonable. Es decir, en tales hipótesis, la apariencia tiene como consecuencia que la sociedad quede obligada aun cuando el dependiente haya excedido sus funciones.

5.2. Teoría del *ultra vires*

La doctrina del *ultra vires*, de origen anglosajón, expone que el vínculo entre la capacidad y el objeto social es directo, y por ende, cualquier acto de los representantes de la sociedad que sea extraño al objeto social es nulo, imposibilitando su imputación a la sociedad, ello así, aun cuando cuente con la aprobación unánime de los socios.

Consecuencia de la rigidez del *ultra vires* es el daño al dinamismo del tráfico comercial y la afectación de la seguridad jurídica, pues todo acto ajeno al objeto social, por más insignificante que sea, sería inválido.

La LSC se aleja de la estricta concepción de tal doctrina, morigerando sus premisas y considerando que son imputables a la sociedad los actos ejecutados por sus representantes que no fueren notoriamente extraños al objeto social (art. 58, LSC), receptándose un criterio amplio y flexible para la actuación de la sociedad frente a terceros.

5.3. Límites a la actuación de los administradores

La frontera de actuación de los administradores está determinada por el propio objeto social o por restricciones impuestas en el contrato social o estatuto.

Los límites establecidos por el objeto social suponen —como ya se expresara— la inimputabilidad a la sociedad de los actos que fueren notoriamente extraños a éste. La determinación sobre la manifiesta ajenidad del acto, respecto al objeto, es una cuestión de hecho, que debe ser evaluada en cada caso concreto. En la hipótesis de que se otorgasen actos notoriamente extraños al objeto social, los mismos serán imputables directamente al representante que lo ejecutó, no pudiendo el órgano de gobierno ratificarlos a los fines de endilgarlos a la sociedad.

Pero, además de la delimitación provista por el objeto social, los socios pueden prever convencionalmente —sea en los contratos sociales o estatu-

tos, según el caso— limitaciones a las facultades de los representantes legales del ente. Tales restricciones a la actuación serán de índole interno de la sociedad, y en tales casos, si bien los terceros no podrán valerse de las mismas, pues el campo de acción del representante en lo externo únicamente obedece a no superar la notoria ajenidad al objeto social, lo cierto es que de verse infringidas tales reglas podría responsabilizárselo al representante por las consecuencias dañosas para la sociedad en razón de la transgresión respectiva.

6. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. INSCRIPCIÓN Y PUBLICIDAD DE LA DESIGNACIÓN Y CESACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

6.1. Responsabilidad de los administradores

La responsabilidad de los administradores societarios se encuentra regulada, en lo general, por las normas del Código Civil, y en lo particular, por las previsiones de la LSC. La asignación de responsabilidad al administrador supone la existencia de los siguientes presupuestos: *a)* el hecho antijurídico, *b)* el daño, *c)* la relación de causalidad entre el hecho y el daño y *d)* un factor de atribución de tal responsabilidad (10), sea culpa o dolo, según los casos. Provocado el daño a la sociedad, aquí por el accionar del administrador en ejercicio de sus funciones orgánicas, éste deberá resarcir el daño padecido por su actuación antijurídica.

La LSC, regulando la responsabilidad de los administradores y representantes legales, establece que aquellos que incumplieren con sus obligaciones serán ilimitada y solidariamente responsables por los perjuicios que resultaren de su acción u omisión (art. 59, LSC), sea que obrasen con culpa o dolo.

La pauta valorativa o estándar de conducta, fijado por la LSC para evaluar la responsabilidad de los administradores societarios, es el deber de obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios (art. 59, LSC), estableciéndose así un sistema de valoración de la culpa en abstracto. Entonces, el patrón de conducta aplicado a los administradores sociales, cualquiera que fuere el tipo de sociedad, tiene como punto de partida la prescindencia de conductas específicamente determinadas por la ley o el contrato social, sino, por el contrario, se recurre al cartabón del buen hombre de negocios, con la consecuente exigencia de profesionalidad en la gestión, que a todo evento, implica un desenvolvimiento con experiencia y conocimientos de las funciones mercantiles asumidas.

---

(10) ALTERINI, ATILIO A. - AMEAL, OSCAR J. - LÓPEZ CABANA, ROBERTO, *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 158, nros. 371, 689 y 1691.

El actuar con lealtad significa una conducta que exponga buena fe, honradez y fidelidad para quien confió el manejo de sus intereses. El administrador debe conducir los destinos corporativos con la corrección de un hombre honrado, poniendo énfasis en la defensa de los intereses de la sociedad por encima de los suyos. Por tales razones, tiene vedado contratar con la sociedad, a excepción que se trate de contratos referidos a su actividad ordinaria, y en las mismas condiciones habituales que los terceros, no puede realizar actividades concurrentes o en competencia con el ente o, en su caso, debe abstenerse de intervenir en cuestiones que supongan reportar intereses contrarios con su representada.

La diligencia del buen hombre de negocios implica, como se dijo, actuar profesionalmente, con idoneidad y diligencia. La LSC estructura un régimen de culpa leve, *in abstracto* hace responsable al administrador que desvía su accionar de aquello que presumiblemente se espera de un buen hombre de negocios. También será responsable por sus comportamientos dolosos o con culpa grave.

6.2. Inscripción y publicidad de la designación y cesación de los administradores

La LSC regula la inscripción en el Registro Público de Comercio de toda designación o cesación de los administradores sociales, con la correspondiente anotación en el legajo respectivo de la sociedad, procurando que con tal publicidad registral se garantice la seguridad jurídica, especialmente en lo que respecta a la contratación del ente con terceros.

Todos los tipos societarios están obligados a formalizar las inscripciones registrales de la designación y cese de funciones de sus administradores. En el caso de las sociedades de capital, sean sociedad anónimas o de responsabilidad limitada, deberá además cumplirse obligatoriamente con publicaciones edictales, por una sola vez, y en el Boletín Oficial de la jurisdicción respectiva (arts. 10 y 18, LSC).

La inscripción, prioritariamente, quedará a cargo de la sociedad, ya que es evidente su legítimo interés en poner de manifiesto quiénes son sus administradores y representantes legales, a los fines de darle confiabilidad a la contratación comercial con terceros; pero, también los propios administradores designados o salientes, y como resguardo frente a la inacción del ente, podrán llevar a cabo la registración motivados en las responsabilidad que acarrea encontrarse inscripto en el cargo respectivo por ante los organismos registrales.

En todos los tipos societarios, la omisión en la de inscripción registral provoca que los terceros puedan oponer a la sociedad la designación o cesación de los administradores, pero, al contrario, la sociedad puede no hacerlo. De allí la vital importancia del acto de inscripción registral.

En efecto, ésta no puede oponer a terceros la designación del administrador hasta su inscripción para fundar el rechazo a obligaciones concertadas por los administradores salientes. Tampoco el ente podrá invocar sus derechos derivados de la actuación de un administrador no inscripto si los mismos fueren desconocidos por terceros. Pero los terceros podrán demandar el cumplimiento de las obligaciones concertadas por los administradores no inscriptos, careciendo la sociedad de posibilidad para alegar tal omisión a efectos de abstraerse de los efectos obligacionales. Al igual que tales terceros podrán además exigir el cumplimiento por ésta de las obligaciones contraídas por los administradores salientes hasta tanto se efectivice la inscripción de la cesación en el cargo.

7. ÓRGANOS DE GOBIERNO Y DE FISCALIZACIÓN EN GENERAL. RÉGIMEN EN LOS DISTINTOS TIPOS SOCIETARIOS

7.1. Órgano de gobierno. Régimen en los distintos tipos societarios

El órgano de gobierno implica la participación de los socios a través de reuniones que conllevan la toma de las decisiones más trascendentes de la sociedad, mencionándose, entre sus competencias, la designación y remoción de los miembros de los restantes órganos sociales, evaluación y aprobación de la gestión de éstos, la aprobación de los estados contables, la distribución de dividendos, el aumento del capital social, la modificación del contrato social o estatuto, según los casos, etcétera.

El gobierno societario entonces es soberano, y en tanto sus integrantes son los socios, se encuentra por encima de los restantes órganos, no debiendo rendir cuentas de sus decisiones a éstos. Lo expuesto no implica prerrogativas ilimitadas por parte del órgano de gobierno, ello así, en tanto su comportamiento, dentro de la organicidad societaria, queda sujeto en todos los casos al cumplimiento de la LSC, estándole consecuentemente vedado por tal motivo llevar adelante como facultad propia la gestión social para lo cual es competente el órgano de administración.

Seguidamente, se hace referencia a la estructuración y funcionamiento del órgano de gobierno en los diferentes tipos societarios.

7.1.1. Sociedades por partes de interés

El órgano de gobierno en este tipo de sociedades recae en las llamadas reuniones de socios, las cuales en el marco de la LSC no cuentan con exigencias formales expresas para su funcionamiento, debiendo en tales casos el instrumento constitutivo —o sus modificaciones— prever las reglas de su actuación. La regulación convencional del órgano de gobierno de las sociedades por parte de interés supone el derecho inherente a la calidad de socio de participar de las reuniones sociales, ser escuchado en las mismas y, en su caso, expresar su voto. Las resoluciones sociales se adoptan por mayoría

(art. 131, LSC), a excepción de las modificaciones al contrato social —incluida la transferencia de partes por los socios—, que, salvo previsión contractual en contrario, requieren unanimidad (art. 131, LSC).

7.1.2. Sociedades de responsabilidad limitada

El funcionamiento de la reunión de socios de la sociedad de responsabilidad limitada, en la práctica, es regulado por el contrato social. No obstante, y a falta de previsión convencional, se admiten como métodos válidos de toma de decisiones, sea el acuerdo de consulta según el cual el voto es comunicado al órgano de administración (Gerencia) por procedimiento que garantice su autenticidad dentro de los diez días de habérsele cursado al socio consulta simultánea a través de medio fehaciente, o bien por declaración escrita en la que todos los socios expresan a la Gerencia el sentido de su voto en relación a los puntos consultados (art. 159, LSC). En los casos aludidos, constatada la obtención de las mayorías, el órgano de administración confecciona las actas respectivas en el libro social de reuniones de socios.

En las sociedades de responsabilidad limitada, cuyo capital alcance el importe fijado por el art. 299, inc. 2°, LSC, se aplican las reglas previstas para la sociedad anónima únicamente en lo que respecta a la consideración de los estados contables, ello a excepción del mecanismo de convocatoria que deberá cumplirse mediante notificación personal y fehaciente al domicilio del socio. Éste es el expresado en el instrumento constitutivo, salvo modificación notificada a la Gerencia (art. 159, LSC).

Salvo pacto en contrario, las resoluciones sociales se adoptan por mayoría absoluta de votos presentes. Igualmente, las modificaciones al contrato social deberán adoptarse con la anuencia de las tres cuartas partes del capital social, salvo previsión contractual en contrario, que nunca podrá ser inferior a la mayoría absoluta de dicho capital (art. 160, LSC).

7.1.3. Sociedades por acciones

En tales sociedades, el órgano de gobierno recae sobre la asamblea de socios. Es un órgano colegiado y sesiona previa convocatoria sujeta a las formas, plazos y condiciones legalmente reguladas, estableciéndose un régimen de *quorum* y mayorías dependiendo de la clase de asamblea que se trate (sea ordinario o extraordinaria), y siempre sujeto el poder de decisión del órgano al tratamiento de un orden del día previsto en la propia convocatoria, salvo que se trate de asambleas unánimes.

7.2. Órgano de fiscalización

Este órgano tiene a su cargo el control de legalidad de la actividad de los restantes órganos sociales.

Existen dos variantes del órgano de control, ellas son:

7.2.1. Sindicatura

Este órgano de control es obligatorio en las sociedades anónimas comprendidas en el art. 299 de la ley o en las sociedades de responsabilidad limitada cuyo capital alcance el importe fijado en el art. 299, inc. 2°, LSC. Resulta optativo para las restantes sociedades de capital no incluidas en la norma citada, en las cuales de soslayarse su previsión estatutaria, el control queda a cargo directo de los socios en los términos del art. 55, LSC. Si tales sociedades optaron por constituir una sindicatura, el ejercicio del control por parte del socio se efectuará a través de dicho órgano, pero sujeto a que su participación accionaria no represente menos del 2 % del capital social. Debe estar integrado por uno o más profesionales universitarios que serán abogados o contadores públicos. Son funciones de la sindicatura el control de legalidad, control contable, brindar información a los socios, investigar denuncias, producción de informes, en ciertos casos convocar a asamblea extraordinaria, etcétera.

7.2.2. Consejo de Vigilancia

Las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades por acciones están facultadas para constituir otra variante del órgano de control, denominado Consejo de Vigilancia. Dicho órgano de fiscalización está integrado por tres a quince socios, cuyos cargos son reelegibles y libremente revocables (art. 280, LSC). Entre otras funciones, están a cargo del Consejo de Vigilancia el control de la gestión empresaria y, en ciertos casos, cuenta además con facultades integrativas del órgano de administración, dado que puede designar sus miembros en caso de previsión estatutaria (art. 281, LSC).

SÍNTESIS

La organización societaria supone que el sujeto de derecho corporativo se encuentre estructurado funcionalmente a través de sus órganos (sea de administración, representación, gobierno y fiscalización) para que los mismos adopten todos los actos que fueren necesarios para la adecuada gestión del patrimonio mercantil, direccionándolo al desarrollo de la actividad empresarial asumida, todo ello a fin de concretar la consecución del objeto social.

La sociedad requiere de órganos para la práctica funcional de su actividad económica, y siendo éstos parte integrativa del ente y la expresión directa de su voluntad, se desenvolverán en las funciones de administración, representación y fiscalización, según sea el caso.

La sociedad, entonces, abocará a sus órganos a gestionar la hacienda mercantil (administración), en su caso, a expresar frente a terceros la vo-

luntad del ente (representación), adoptándose las decisiones soberanas y de fondo que pudiesen corresponder (gobierno). El control de la administración estará a cargo de cualquiera de los socios, salvo previsiones contractuales de órganos de fiscalización en determinados tipos societarios.

La representación de la sociedad, llevada a cabo por su órgano de representación, implica la imputación al ente de sus actos funcionales en tanto no fueren notoriamente extraños al objeto social.

Los administradores societarios deberán ajustar su comportamiento al cartabón de un buen hombre de negocios, debiendo actuar con la honradez, idoneidad y profesionalismo que dicho estándar supone. Su responsabilidad será juzgada a la luz de dichas pautas valorativas.

La inscripción registral de toda designación o cesación de los administradores sociales, procurando la publicidad registral a los fines de garantizar la seguridad jurídica en las contrataciones de la sociedad con terceros. La omisión en la de inscripción registral provoca que los terceros puedan oponer a la sociedad la designación o cesación de los administradores, pero al contrario la sociedad no hacerlo.

La Ley General de Sociedades (ley 19.550, t.o. dec. 841/1984, modif. ley 26.994 —LGS—) no presenta modificaciones en lo que respecta a la organización societaria, la estructuración de sus órganos, manteniendo el esquema de imputación de los actos de los representantes legales a la sociedad en cuanto no fueren notoriamente extraños al objeto social.

Capítulo IX

Los socios. Nulidad. Sociedades de la sección IV - Sociedades subsanables

Por Liliana Carina Irustia[1]

---

(1) Escribana Pública. Titular de Registro. Profesional del Derecho en ejercicio de la función pública conferida por el Estado. Abogada (UBA) con especialización en Derecho Notarial e Inmobiliario.

régimen inscriptorio en la Ley General de Sociedades. 8.1. Nuevo régimen de inscripción. 8.2. Plazos y procedimientos para la inscripción. 8.3. Autorizados para la inscripción.— Síntesis.

1. Los socios

1.1. Socio: Concepto

Se denomina socio a la persona física[2] o jurídica que, cumpliendo los requisitos impuestos por la ley, en relación a cada tipo jurídico, adquiere derechos y contrae obligaciones que le dan el estatus de integrante en determinada persona de existencia ideal constituida como sociedad.

1.2. Adquisición de la condición de socio

La forma originaria en que se adquiere la condición de socio es a partir del acto constitutivo de la sociedad, es decir, el acto por el cual ésta se crea de acuerdo con cualquiera de los tipos previstos en la ley.

Cuando se alude al estado o condición de socio, se está haciendo referencia a una cualidad jurídica que se adquiere en razón de pertenecer a determinada organización social.

En el acto fundacional la persona presta su consentimiento para la creación de una sociedad, adquiriendo desde entonces todos los derechos y obligaciones de socio desde el mismo momento en que se perfecciona el contrato social.

Existen otras formas de adquisición de la calidad de socio que no son originarias, es el caso de las sociedades por acciones, donde después de un aumento de capital por suscripción de nuevas acciones, realizada en oferta pública (art. 198, LGS), se incorporan nuevas personas que la adquieren, o por la incorporación de personas a sociedades ya constituidas que la obtienen, contando tal incorporación con la conformidad de los restantes socios y con las mayorías o unanimidad requeridas por la ley.

La incorporación a una sociedad ya existente puede originarse en diferentes situaciones, y las formas jurídicas para perfeccionar la transmisión varían de acuerdo con el tipo social y el acto o hecho jurídico que da lugar a la transmisión de esa participación.

En consecuencia, la condición de socio se adquiere de dos modos:

a) Como socio fundador o participación originaria en el contrato constitutivo de la sociedad.

---

(2) La ley 26.994, de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial, abandona el término "persona física" e incorpora en su lugar el término "persona humana".

b) Incorporación de una persona a una sociedad ya fundada o constituida.

1.3. Transmisión de la condición de socio

En el segundo supuesto del punto anterior, es decir, en el caso de la incorporación de una persona a una sociedad ya existente, esa incorporación puede tener origen en causas diferentes y formas jurídicas distintas, según el acto o hecho jurídico que dio lugar a la transmisión de esa participación social.

Aquí, la adquisición de la condición de socio se formaliza por vía derivada, mediante la transferencia que un socio realiza de su condición de tal a favor de un sujeto que ingresa a ocupar su lugar, asumiendo el conjunto de derechos y deberes de tal estatus jurídico derivado del acto constitutivo.

Cabe aclarar que la transferencia de la condición de socio no implica en ningún tipo social la cesión de una parte del patrimonio de la sociedad, porque el patrimonio pertenece a ésta, que es una persona jurídica diferenciada de la persona del socio, y éstos no tienen ningún derecho de disposición sobre él.

A modo de ejemplo, una persona puede adquirir la calidad de socio por:

a) Actos entre vivos,

b) *Mortis causa.*

1.3.1. Por actos entre vivos

- Adquisición por la compra que se efectúa de una participación societaria.

- Adquisición por donación de una participación societaria.

- Adquisición por cesión de una participación societaria.

- Adquisición por suscripción en aumentos de capital social por oferta pública, etcétera.

Producida la transmisión de la participación social, el adquirente adquiere la calidad de socio, que será oponible a la sociedad desde el momento en que ésta tome conocimiento de la existencia de tal transmisión. Es decir, a partir de la notificación de la transferencia a la sociedad (art. 215, LGS).

Ésta, al tomar conocimiento de la transferencia producida, reconocerá al nuevo socio en calidad de tal, para el ejercicio de todos los derechos y deberes que emanan de su condición y que le fueron transmitidos.

En consecuencia, el contrato por el cual se transfiere la calidad de socios tiene efectos entre:

- Quien transmite su calidad y quien la adquiere;

- No tiene efectos respecto de terceros;

- Es oponible a la sociedad desde la notificación, es decir, que todos los derechos políticos que la participación otorga (voto, impugnaciones, etc.), así como los derechos económicos (dividendos, suscripción de aumentos de capital, etc.) podrán ser ejercidos por el nuevo socio a partir de dicho momento.

1.3.1.1. Limitaciones

En cualquier caso que un socio decida transferir su calidad de tal, deberá atender a las reglas fijadas en el contrato constitutivo de la sociedad de la cual forma parte, para la transmisión de su participación social. Cabe aclarar que la regla principal en materia societaria es que la transferencia de participaciones sociales es libre, aunque puede ser limitada por el contrato o estatuto social (mediante un derecho de preferencia en la adquisición a favor de los restantes socios o accionistas estableciendo el procedimiento y plazo adecuado en el estatuto) pero nunca prohibida.

Estas limitaciones, cuando se está frente a sociedades por "interés" (colectivas, en comandita simple, capital e industria) requieren para la transmisión de las participaciones sociales, el voto unánime de los socios, salvo que expresamente hubieran acordado en contrario (la mayoría nunca puede ser inferior a la mayoría absoluta de capital social).

En las sociedades de responsabilidad limitada, los socios pueden limitar en el contrato social la transmisión de las cuotas sociales, mediante cláusulas que requieran la conformidad de los socios o confieran un derecho de preferencia a éstos o a la sociedad.

En las sociedades anónimas, la transmisión de las acciones es libre; el estatuto puede limitar la transmisibilidad, pero no prohibirla.

1.3.2. Mortis causa. Por muerte del socio

Conforme al ordenamiento jurídico nacional, cuando una persona muere, se producen efectos jurídicos, dado que, desde el mismo instante de su fallecimiento, se opera la transmisión de todos los derechos patrimoniales del causante (socio fallecido) a sus herederos universales.

Dentro de esos derechos patrimoniales, el causante también puede tener participaciones sociales, sean acciones, cuotas, o partes de interés según el tipo de sociedad de que se trate.

La muerte del socio produce importantes efectos, tanto en la esfera de sus derechos personales como dentro de la esfera social de la sociedad a la cual pertenecía, según el tipo social de que se trate[3].

---

(3) Ello, en tanto a falta de pacto contractual o estatutario, la muerte del socio resuelve parcialmente el contrato en la sociedad colectiva, comandita simple, de capital e industria

Producida entonces la muerte, deberemos prestar especial atención y analizar si entre sus herederos declarados existen personas menores de edad, ya que de existir, serán variadas las situaciones que se planteen y que merecerán particular análisis.

En primer lugar, se está frente a un caso de pérdida de la calidad del socio por muerte, como se verá más adelante.

Por otra parte, se debe analizar si se está frente a sociedades de "interés" o a sociedades de responsabilidad limitada, en las cuales, si el contrato social no previera la incorporación de los herederos del socio fallecido, su muerte resuelve parcialmente el contrato.

En tal circunstancia, las obligaciones de éste quedarán resueltas de pleno derecho desde el momento de su muerte, y la sociedad debe reconocer, a los herederos declarados, el valor de la participación social del fallecido y las utilidades que resulten de un balance especialmente confeccionado a la fecha de la causal de resolución parcial.

Merece especial análisis la situación que se plantea cuando existe alguna indivisión de bienes impuesta por el socio fallecido a sus herederos forzosos.

La ley 14.394 –derogada por la ley 26.994– disponía, en los arts. 51 y siguientes, que toda persona podía imponer a sus herederos, aun forzosos, la indivisión de los bienes hereditarios por un plazo no mayor a diez años[(4)].

---

y en participación. En cambio, en la sociedad anónima, a falta de limitación contractual, el heredero ingresa como accionista. Es decir, que la muerte del socio no provoca la resolución parcial. En la SRL, a falta de previsión contractual, está discutido en la doctrina si el heredero igualmente ingresa (como en la SA) o si no ingresa y se resuelve parcialmente el contrato (como en las sociedades de interés).

(4) Art. 51.— "Toda persona podrá imponer a sus herederos, aun forzosos, la indivisión de los bienes hereditarios, por un plazo no mayor de diez años. Si se tratase de un bien determinado, o de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituya una unidad económica, el lapso de la indivisión podrá extenderse hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, aun cuando ese tiempo exceda los diez años. Cualquier otro término superior al máximo permitido, se entenderá reducido a éste. El juez podrá autorizar la división, total o parcial, a pedido de la parte interesada y sin esperar el transcurso del plazo establecido, cuando concurran circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad o interés legítimo de tercero".

Art. 52.— "Los herederos podrán convenir que la indivisión entre ellos perdure total o parcialmente por un plazo que no exceda de diez años, sin perjuicio de la partición temporaria del uso y goce de los bienes entre los copartícipes. Si hubiere herederos incapaces, el convenio concluido por sus representantes legales, no tendrá efecto hasta la homologación judicial.

"Estos convenios podrán renovarse al término del lapso establecido.

"Cualquiera de los herederos podrá pedir la división, antes del vencimiento del plazo, siempre que mediaren causas justificadas".

Art. 53.— "Cuando en el acervo hereditario existiere un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o de otra índole tal que constituya una unidad econó-

Este régimen de indivisión impuesta por el causante a sus herederos desaparece con la derogación de la ley 14.394 y se traslada de forma similar al Código Civil y Comercial de la Nación a partir del art. 2330 y siguientes[(5)].

---

mica, el cónyuge supérstite que lo hubiese adquirido o formado en todo o en parte, podrá oponerse a la división del bien por un término máximo de diez años.

"A instancia de cualquiera de los herederos, el juez podrá autorizar el cese de la indivisión antes del término fijado, si concurrieren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justificasen la decisión.

"Durante la indivisión, la administración del establecimiento competerá al cónyuge sobreviviente.

"Lo dispuesto en este artículo se aplicará igualmente a la casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante, si fuese la residencia habitual de los esposos".

(5) Art. 2330.— "*Indivisión impuesta por el testador*. El testador puede imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo no mayor de diez años.

"Puede también disponer que se mantenga indiviso por ese plazo o, en caso de haber herederos menores de edad, hasta que todos ellos lleguen a la mayoría de edad:

"a) un bien determinado;

"b) un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituye una unidad económica;

"c) las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista.

"En todos los casos, cualquier plazo superior al máximo permitido se entiende reducido a éste.

"El juez puede autorizar la división total o parcial antes de vencer el plazo, a pedido de un coheredero, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad".

Art. 2331.— "*Pacto de indivisión*. Los herederos pueden convenir que la indivisión entre ellos perdure total o parcialmente por un plazo que no exceda de diez años, sin perjuicio de la partición provisional de uso y goce de los bienes entre los copartícipes.

"Si hay herederos incapaces o con capacidad restringida, el convenio concluido por sus representantes legales o con la participación de las personas que los asisten requiere aprobación judicial.

"Estos convenios pueden ser renovados por igual plazo al término del anteriormente establecido.

"Cualquiera de los coherederos puede pedir la división antes del vencimiento del plazo, siempre que medien causas justificadas".

Art. 2332.— "*Oposición del cónyuge*. Si en el acervo hereditario existe un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituye una unidad económica, o partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad, el cónyuge supérstite que ha adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento o que es el principal socio o accionista de la sociedad, puede oponerse a que se incluyan en la partición, excepto que puedan serle adjudicados en su lote.

"Tiene el mismo derecho el cónyuge que no adquirió ni constituyó el establecimiento pero que participa activamente en su explotación.

"En estos casos, la indivisión se mantiene hasta diez años a partir de la muerte del causante, pero puede ser prorrogada judicialmente a pedido del cónyuge sobreviviente hasta su fallecimiento.

"Durante la indivisión, la administración del establecimiento, de las partes sociales, cuotas o acciones corresponde al cónyuge sobreviviente.

Cabe aclarar que el régimen de indivisión puede ser impuesta por el causante o suceder que, dentro del acervo hereditario dejado por él, existan participaciones sociales de sociedades donde su responsabilidad asumida era ilimitada y solidaria. Situación que la ley rechaza en caso de que existan menores entre los herederos.

En este sentido, la ley 26.994 introduce una interesante reforma en el art. 28, LGS, disponiendo que en la sociedad constituida con bienes sometidos a indivisión forzosa hereditaria, los herederos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida sólo pueden ser socios con responsabilidad limitada y el contrato constitutivo debe ser aprobado por el juez de la sucesión.

La norma tiene como finalidad proteger el patrimonio de los menores, que puede verse afectado por un régimen de responsabilidad más gravoso, heredado en virtud de la estructura societaria en la cual participaba el causante.

En estos casos, los menores deberán actuar mediante sus correspondientes representantes legales, a quienes la ley hará responsables de todos los actos que realicen en su representación respondiendo con todo su patrimonio por la actuación.

Es decir, que los menores sólo podrán formar parte de sociedades:

- de responsabilidad limitada;
- sociedad anónima;
- sociedades en comandita —simples o por acciones— donde los menores asumirán la calidad de socios comanditarios.

"A instancia de cualquiera de los herederos, el juez puede autorizar el cese de la indivisión antes del plazo fijado, si concurren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justifican la decisión.

El cónyuge supérstite también puede oponerse a que la vivienda que ha sido residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante y que ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales, con sus muebles, sea incluida en la partición, mientras él sobreviva, excepto que pueda serle adjudicada en su lote. Los herederos sólo pueden pedir el cese de la indivisión si el cónyuge supérstite tiene bienes que le permiten procurarse otra vivienda suficiente para sus necesidades".

Art. 2333.— "*Oposición de un heredero*. En las mismas circunstancias que las establecidas en el artículo 2332, un heredero puede oponerse a la inclusión en la partición del establecimiento que constituye una unidad económica si, antes de la muerte del causante, ha participado activamente en la explotación de la empresa".

Art. 2334.— "*Oponibilidad frente a terceros. Derechos de los acreedores*. Para ser oponible a terceros, la indivisión autorizada por los artículos 2330 a 2333 que incluye bienes registrables debe ser inscripta en los registros respectivos.

"Durante la indivisión, los acreedores de los coherederos no pueden ejecutar el bien indiviso ni una porción ideal de éste, pero pueden cobrar sus créditos con las utilidades de la explotación correspondientes a su deudor.

"Las indivisiones no impiden el derecho de los acreedores del causante al cobro de sus créditos sobre los bienes indivisos".

Si existiere posibilidad de colisión de intereses entre el representante legal, el curador o el apoyo, y la persona menor de edad, incapaz o con capacidad restringida, se debe designar un representante *ad hoc* para la celebración del contrato y para el contralor de la administración de la sociedad si fuere ejercida por aquél.

La violación a estas normas no acarrea nulidad, pero trae aparejados los siguientes efectos, según el art. 29 de la LGS:

a) Responsabilidad solidaria e ilimitada del representante del menor y los consocios mayores de edad por los daños y perjuicios ocasionados al menor.

b) Obligación de transformar la sociedad en una sociedad de aquellos tipos en los cuales los menores tengan responsabilidad limitada.

Cabe señalar, que la modificación del art. 29, sin perjuicio de imponer la transformación de la sociedad en una de tipo autorizado, la infracción al art. 28, hace nacer la obligación de reparar daños y perjuicios ocasionados a la persona menor de edad, incapaz o con capacidad restringida por parte del:

- representante legal;
- curador;
- sujeto de apoyo[(6)];
- consocios plenamente capaces.

1.4. Pérdida de la calidad de socio

En los apartados que anteceden, se ha estudiado cómo el socio que vende, cede, o transfiere su participación por actos entre vivos, y los casos de transmisión de tal calidad por muerte, pierde su condición, ingresando en calidad de socio otra persona que puede ser humana o jurídica.

Asimismo, hay muchas otras circunstancias que pueden hacer cesar la condición de socio:

a) Disolución y liquidación

Si bien la disolución en sí misma no hace cesar la condición, ésta se extingue al concluirse con la liquidación de la sociedad y su correspondiente cancelación registral ante el organismo pertinente.

---

(6) El Código Civil y Comercial de la Nación prevé la posibilidad de que el juez designe a una persona o más personas con la finalidad de que constituyan una red de apoyo con distintas funciones específicas, tendientes a la protección de la persona y la recuperación de su salud (arts. 43 y ss. CCyCN).

b) Exclusión del socio

La exclusión del socio puede darse si mediare justa causa o, según parte de la doctrina, falta de *affectio societatis*. Opera en las sociedades colectivas, de responsabilidad limitada, en participación y los comanditados en las comanditas por acciones (art. 91, LGS).

c) Muerte del socio

Se efectúa una remisión a lo tratado en el punto 1.3.2.

d) Venta forzada

También puede ocurrir que se pierda la condición de socio como consecuencia de la venta forzada de la participación social que éste tenía en una sociedad. Claro ejemplo de ello se presenta en el supuesto de mora en la integración por parte del accionista (art. 193, LGS).

1.5. Capacidad para ser socio

En el derecho nacional, en materia de capacidad, la regla es que toda persona es capaz de derecho y de ejercicio (arts. 23 y 24 CCyCN). La capacidad es la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos y de ejercerlos por sí mismo. La ley puede privar o limitar la capacidad sólo respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados. La ley establece expresamente las limitaciones a la capacidad(7).

En materia societaria, si bien la LGS regula algunas incapacidades para ser socio de acuerdo con cada tipo social, las reglas generales de capacidad establecidas en el CCyCN resultan de aplicación supletoria en esta materia.

La LGS establece incapacidades adicionales, según sean personas humanas o jurídicas.

1.5.1. Personas humanas

1.5.1.1. Menores e incapaces

Los menores o incapaces(8) no pueden fundar originariamente sociedades, pero pueden ser socios de sociedades ya formadas cuyo tipo social no imponga a la participación del incapaz responsabilidad solidaria e ilimitada.

Cuando estas personas recibieran por herencia, legado o donación participaciones en sociedades por partes de interés, y la sociedad estuviera

---

(7) Ver arts. 24 y ss., CCyCN.

(8) En el caso de las personas con capacidad restringida, según el alcance que el juez otorgue en la sentencia. Entendemos que para el caso de formar sociedad, el contrato o estatuto deberá ser aprobado por el juez.

obligada a aceptarlos como socios, la entidad deberá transformarse en una sociedad en la cual la responsabilidad del incapaz sea limitada al capital suscripto. En tal sentido, el estatuto deberá ser aprobado por el juez de la sucesión.

La violación a esta norma se sanciona en el art. 29 de la LGS. Al respecto se remite al apartado 1.3.2. de este capítulo.

No resulta pertinente hablar de los menores emancipados, ya que debido a la modificación que introdujo en el año 2010 la ley 26.579 al Código Civil, en los arts. 126, 127, 128 y 131 y demás normas concordantes, estableciendo la mayoría de edad a los 18 años, modificando además otros aspectos de la minoridad, estas categorías han quedado derogadas, habiendo desaparecido en consecuencia la emancipación dativa o emancipación comercial.

Cabe señalar que estas modificaciones se han mantenido en el CCyCN, conservándose como único caso de emancipación la obtenida por matrimonio de un menor de 16 años, supuesto en el cual deberá estarse a las previsiones de los arts. 27 y siguientes del Código Civil y Comercial.

1.5.1.2. Cónyuges

El art. 27 de la ley 19.550 en su redacción original no permitía que los cónyuges entre sí pudieran integrar sociedades que no sean de responsabilidad limitada o por acciones, en razón de la tutela de los bienes del matrimonio. El legislador no aceptaba que entre esposos hubiera dos regímenes de bienes incompatibles, por lo tanto, si uno de los cónyuges formaba parte de una sociedad en donde respondía de forma ilimitada y solidaria por las obligaciones sociales, pasaría a estar comprendido en la prohibición. Po lo tanto, entendía que esto no sucedía si, por el contrario, formaba parte de una sociedad donde la responsabilidad era limitada por las obligaciones sociales.

La infracción a esta norma era sancionada con la nulidad del acto.

La ley 26.994 introduce una importante reforma al art. 27 de la LGS, y también al Régimen Matrimonial Patrimonial del Matrimonio en los arts. 446 y siguientes del CCyCN.

Estas modificaciones –a diferencia del régimen anterior del art. 27, LSC– vienen a otorgar una mayor libertad y autonomía entre los cónyuges, permitiendo que éstos se encuentren habilitados entre sí a constituir e integrar sociedades de cualquier tipo, incluidas las de la sección IV, y elimina del art. 29 la sanción de nulidad para las sociedades constituidas en violación al art. 27.

Antes de la reforma mencionada, se establecían incapacidades para contratar entre cónyuges, así, las previstas en el art. 1160, CCiv., que impedían a ciertas personas suscribir contrato de sociedad, como otras normas

que determinaban ciertas incompatibilidades para ser socios, por ejemplo, las que se fundaban en la profesión de las personas; tal el caso de los escribanos, que solamente pueden ser socios de sociedades por acciones.

1.5.2. Personas jurídicas

1.5.2.1. Sociedad socia

El art. 30 de la ley de sociedades comerciales —hoy Ley General de Sociedades— disponía que las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo podían formar parte de sociedades por acciones.

Esta norma fue muy criticada por la doctrina y nunca se logró encontrar un fundamento sólido que justifique su existencia.

El fundamento dado por el legislador a esta norma fue la necesidad de evitar que el patrimonio de las sociedades por acciones evadan el control estatal externo (arts. 299 y 301, LSC) participando como socias en sociedades de interés o de personas no fiscalizadas en forma permanente.

La sanción ante el incumplimiento a esta norma era la anulabilidad de la participación en infracción, salvo que se tratara de una participación esencial o que se tratara de un supuesto de sociedad comercial integrada sólo por dos socios.

Las demás sociedades no tenían limitaciones para ser socias de otras sociedades.

El actual art. 30, LGS, en su nueva redacción establece que las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo podrán formar parte de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, y podrán ser parte de cualquier contrato asociativo.

Es decir entonces, que las sociedades anónimas y las sociedades por acciones sólo podrán formar parte de:

- sociedades por acciones:
- sociedades de responsabilidad limitada, y
- cualquier contrato asociativo.

La norma no prescribe sanción para el caso de incumplimiento de la norma, cuestión que resulta criticable.

1.5.2.2. Participaciones societarias

La LGS regula en los arts. 31 a 33 las participaciones y las vinculaciones societarias. Estas normas no han sido derogadas ni reformadas por la ley 26.994, sino que mantienen los mismos preceptos.

La temática que aborda la ley en estos arts. es el problema relativo a las relaciones de control y vinculación entre sociedades y de los agrupamientos empresarios.

Su art. 31 establece limitaciones para la participación de una sociedad en otra. La regla de esta norma es evitar la desnaturalización del objeto de la sociedad (art. 11, inc. 3°, y arts. 58, 244, y 245, LGS), además de tutelar la voluntad de los socios al momento de constituirla y proteger la relación que debe existir entre el capital social y el objeto de la sociedad.

En efecto, la primera limitación que establece esta norma consiste en la prohibición de que una sociedad participante pueda tomar o mantener suscripciones en otra u otras sociedades por un monto superior a la totalidad de sus reservas libres(9) y a la mitad de su capital y de las reservas legales.

La infracción a esta norma impone la obligación a la sociedad de enajenar el excedente de dicho monto en el plazo de seis meses siguientes a la fecha de aprobación del balance general del que resulte tal circunstancia.

Si esta enajenación no se produce, la ley establece la pérdida de los derechos de voto y pérdida del derecho a las utilidades que correspondan a estas participaciones en exceso, hasta el momento que se cumpla con la norma.

Esta limitación reconoce excepciones:

- que el exceso resulte del pago de dividendos en acciones o por capitalizaciones de reservas. Ello en razón de que no se estaría frente a una inversión, sino a una toma de beneficios ya devengados;
- autorización expresa del Poder Ejecutivo Nacional:
- que el objeto de la sociedad participante sea financiero o de inversión:
- entidades financieras (ley 21.526).

La ley sanciona la violación a esta norma imponiendo la venta del excedente dentro de los seis meses de comprobada la infracción, circunstancia que se verificará con la aprobación de los estados contables.

La participante debe comunicar en el plazo de diez días de aprobado el balance la existencia del excedente a la participada bajo apercibimiento de la pérdida de los derechos políticos y económicos que genere la participación.

1.5.2.3. Participaciones recíprocas

Por su parte, el art. 32, LGS, prohíbe a las sociedades su constitución o el aumento de su capital a través de las participaciones recíprocas —es decir integrado por otra sociedad— sancionando con nulidad la infracción a la

(9) Las reservas libres son las que se crean con ganancias retenidas o utilidades no distribuidas por parte de la empresa. Las reservas legales son obligatorias. Ver art. 70, LGS.

norma, y disponiendo la responsabilidad de los socios en forma ilimitada y solidaria así como la de los directores, administradores y síndicos.

El objetivo de la norma es la prevención. Tiende a evitar el aguamiento del capital social en tutela de los intereses de la sociedad comercial.

En efecto, a través del aporte recíproco entre sociedades se pueden realizar reembolsos de capital o reservas traduciendo así el capital en una mera ficción, en una mera cifra nominal.

En este caso, la sociedad cuenta con un plazo de tres meses para reducir el capital integrado de manera indebida, quedando en caso contrario disuelta de pleno derecho en caso de sociedad participada, ya que en ocasión de sociedades constituidas en infracción a esta norma, serán nulas de nulidad absoluta.

1.5.2.4. Sociedades controladas y vinculadas

El art. 33 de la LGS regula las sociedades controladas. La ley utiliza el término control en el sentido de mando o dominio(10).

Por ello se habla de sociedades controlantes o controladas, donde resulta que las últimas son las sujetas a la dominación mando o preponderancia de otra sociedad controlante.

La norma prevé dos supuestos de control:

- En el inc. 1º dispone que se considerarán sociedades controladas aquellas en que otra sociedad en forma directa o por intermedio de otra sociedad, a su vez controlada, posea participación por cualquier título(11) que otorgue los votos necesarios(12) para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias.

En este caso, se amplía el concepto de control societario, en tanto se refiere a la mayoría necesaria para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias, para cuyas resoluciones en varios de los tipos societarios se exigen menos votos que para el caso de las asambleas extraordinarias.

---

(10) Farina, Juan M., *Compendio de sociedades comerciales*, Título XXIV, p. 169. Al referirnos a este punto debemos formular una aclaración previa de carácter semántico. Según el *Diccionario* de la Real Academia Española, la palabra “control” tiene dos acepciones: 1. (del francés) inspección, fiscalización, intervención; 2. (del inglés) dominio, mando, preponderancia. La ley 19.550 utiliza el término “control” en la segunda de las acepciones, es decir, en el sentido de dominio, mando, preponderancia, de donde resulta que las sociedades controladas son las sujetas a la dominación, mando o preponderancia de otra sociedad.

(11) La participación por cualquier titulo se refiere no sólo a la tenencia accionaria, sino que están asimismo comprendidos bonos, *debentures*, etcétera.

(12) Se habla de votos necesarios porque en las sociedades anónimas existen las acciones de voto plural (art. 216, LGS).

- El inc. 2º dispone que se considerarán sociedades controladas aquellas en que otra sociedad en forma directa o por intermedio de otra, a su vez controlada, ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades.

En este caso, lo amplía al supuesto en que exista ejercicio de influencia dominante como consecuencia de la participación en el capital social de otra sociedad o por especiales vínculos existentes entre las sociedades.

Es decir, que se advierte la existencia de una sociedad controlada por otra en razón de la existencia de determinados pactos entre ellas o entre sus directivos o grupos mayoritarios[13].

La responsabilidad de la sociedad controlante frente a la controlada está prevista en el art. 54, LGS.

A tal efecto, la norma dispone que el daño que ocurra a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen, impone a sus autores la obligación solidaria de indemnizar.

Asimismo, éstos no pueden alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios.

Las consecuencias de este tipo de sociedades también están reflejadas en las disposiciones de los arts. 63 y 65, y en los arts. 286 y 299, LGS.

Cabe destacar, que mientras el art. 33 se refiere a sociedades controlantes, el art. 54 lo hace, en general, a los "controlantes", sean personas físicas o jurídicas.

Lo dispuesto en el art. 54, se dirige a la responsabilidad del controlante frente a la controlada damnificada. Esta responsabilidad del controlante es también frente a socios y terceros, quienes se pueden ver perjudicados por esas acciones culpables o dolosas.

Finalmente, con respecto a las sociedades vinculadas, el art. 33, en su segundo párrafo, menciona como tales a las que participan en más del diez por ciento del capital social de otra sociedad, siendo ésta su principal característica, y cuando tal participación exceda el veinticinco por ciento, deberá ser comunicado a la participada en la próxima asamblea ordinaria a fin de que tome conocimiento. La ley no hace mención al derecho político de voto.

1.5.2.5. Teoría de la penetración de la persona jurídica. Art. 54 de la LGS

Tal como se mencionó en el capítulo VI, la norma señalada encara la temática del control societario y de los grupos económicos. El artículo re-

(13) Lo expuesto adquiere importancia en el ámbito de la contabilidad de las sociedades involucradas. Así, el art. 62 de la LGS impone la obligación de presentar como información complementaria, estados contables anuales consolidados a las sociedades controlantes de acuerdo con el art. 33, inc. 1°, no así en el caso del inc. 2º.

gula el principio de la inoponibilidad de la personalidad jurídica y establece que cuando la sociedad encubra la consecución de fines extrasocietarios, o constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe, o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible y responderán en forma solidaria e ilimitada por los perjuicios que causen.

2. Estatus jurídico del socio. Derechos y obligaciones

2.1. Estatus del socio

Desde la constitución de la sociedad, el socio o los socios, según se trate de una sociedad unipersonal o de un contrato plurilateral de organización, adquieren derechos y obligaciones frente a la sociedad y frente a ellos mismos.

Además de los elementos que podemos advertir del concepto dado, esto es que haya una persona humana o jurídica que contrae derechos y obligaciones, la calidad de socio se conforma además con otro elemento que es el *affectio societatis*, es decir, el ánimo que esa persona, humana o jurídica, tiene de asociarse como modo de obtener un objetivo.

Conforme se adelantara, este elemento —*affectio societatis*— estará presente en los contratos plurilaterales de organización, no así en los contratos de único socio donde el elemento presente será la manifestación unilateral de la voluntad.

El socio de una sociedad no es un comunero, un condómino de los bienes sociales, ya que al admitir la personalidad jurídica de ésta, los bienes le pertenecen, no a los socios, ni caen en comunidad con ellos.

Tampoco el socio es un acreedor de la sociedad, ya que la naturaleza de los derechos y obligaciones que contrae con ella difieren del esquema de derecho de las obligaciones.

El estatus del socio consiste entonces en una cualidad jurídica que deviene en razón de pertenecer a una organización social de la cual derivan, como consecuencia, derechos subjetivos y también deberes que la ley establece con prescindencia de la voluntad del individuo. El estatus es inseparable del individuo, intransferible, irrenunciable e imprescriptible. Es una calidad voluntaria, ya que no es impuesta por ley.

El socio asume una cantidad de derechos y deberes que derivan de formar parte de una organización social, o en el caso de la sociedad unipersonal, de la voluntad de adoptar el sistema de responsabilidad unipersonal que consagra la nueva ley(14).

---

(14) Algunos autores, como Farina, sostienen que es preferible hablar de "calidad de socio o condición de socio", o de "posición jurídica del socio en la sociedad", aunque para

2.2. Derechos y obligaciones

Los socios establecen relaciones con la sociedad desde su origen y hasta el momento en que el ente jurídico que previeron fundar obtiene la personería jurídica.

Lo mismo sucede en el caso de la sociedad anónima unipersonal (SAU), quien a partir de su constitución adquiere derechos y obligaciones frente a la sociedad.

Los derechos y obligaciones que nacen de la calidad de socio se derivan, tanto del contrato social como de la propia LGS, y son exigibles desde la fecha en que las partes así lo acordaran en el contrato.

2.2.1. Derechos

El estado de socio implica entonces adquirir una serie de derechos, los que son dables de enumerar de la siguiente forma:

i) Derecho al dividendo: el derecho al dividendo surge al finalizar el ejercicio económico y a partir de un balance aprobado y de ganancias líquidas y realizadas.

ii) Derecho a cuota de liquidación: la cuota de liquidación será la que resulte del remanente de los bienes de la sociedad. Representa el reembolso que todo socio percibe al extinguirse una sociedad.

iii) Derecho a transferir su participación social.

iv) Derecho de voto y participación en las decisiones sociales.

v) Derecho de receso: es decir, a retirarse de la sociedad en los casos del art. 245, LGS.

vi) Derecho de suscripción preferente: a aumentar su participación social en proporción a sus tenencias cuando exista un aumento en el capital social de la sociedad.

vii) Derecho de acrecer: es decir, de poder suscribir aquellas participaciones que no han sido suscriptas por los restantes socios al momento de ejercer el derecho de preferencia.

viii) Derecho de información (art. 55, LGS).

Brunetti resulta más eficaz hablar de "condición de socio" en tanto la relación es generalmente de duración, y en tanto dicha expresión es la que mejor indica el conjunto de derechos y obligaciones del socio en la sociedad

ix) Derecho a solicitar la convocatoria a asamblea: cuando se trate de accionistas que representen por lo menos el 5 % del capital social en las sociedades anónimas (art. 235, LGS).

x) Derecho a ser representado por mandatario en las asambleas.

xi) Derecho a exigir los títulos definitivos de su participación social.

2.2.2. Obligaciones

Cabe distinguir entre obligación y deber de los socios. Siendo la obligación la relación jurídica, en cuya virtud alguien llamado deudor tiene que satisfacer una prestación a favor de otro sujeto llamado acreedor.

La obligación, entonces, impone un deber que es cumplir con una prestación susceptible de apreciación pecuniaria(15).

Es posible enumerar las obligaciones del socio del siguiente modo:

i) Aportes: En este sentido, la principal obligación que asume un socio es la de efectuar su aporte. El socio que no cumple con su aporte en el plazo fijado por la ley o el contrato, incurre en mora de pleno derecho, y puede ser excluido como socio moroso, debiendo los daños y perjuicios a la sociedad. La obligación de aportar lleva implícita la responsabilidad por evicción y vicios redhibitorios (arts. 46, 47, 48, LGS).

ii) Soportar las pérdidas de la sociedad (arts. 1°, 56, 131, 139, 145, LGS).

iii) Desempeñarse con lealtad (arts. 133, 91, 248, LGS).

iv) Colaborar con la sociedad, y no adoptar conductas abusivas.

v) Utilizar los fondos sociales para cumplir con el objeto social.

2.3. Comienzo de los derechos y obligaciones

La LGS trata el estado de socio a partir del art. 36, estableciendo que sus derechos y obligaciones comienzan desde la fecha fijada en el contrato de la sociedad.

Con relación a los actos celebrados con anterioridad a dicha fecha, responderán los administradores o representantes que hayan realizado actos en nombre o por cuenta de la sociedad según el tipo social que corresponda.

Esta circunstancia lleva a reflexionar sobre dos situaciones:

---

(15) Esa obligación puede consistir en dar, hacer o no hacer algo por una persona a favor de otra.

a) La LSC 19.550 en su anterior redacción establecía en el art. 7° que la inscripción registral no generaba efectos con relación a los derechos y obligaciones de los socios, quienes deberían someterse a lo previsto en el contrato social.

b) Consiguientemente, el legislador contempló pautas de actuación de la sociedad en formación en los arts. 183 y 184, donde señalaba y regulaba —y aún lo hace— el alcance de los actos desarrollados con anterioridad a la inscripción registral.

3. RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS FRENTE A LA SOCIEDAD Y FRENTE A TERCEROS. SOCIO APARENTE. SOCIO OCULTO. SOCIO DEL SOCIO

Ya se ha dicho que toda obligación en caso de incumplimiento trae aparejada una sanción.

El art. 54, párr. 3º, LGS —ya tratado en el capítulo VI— introduce la teoría de la penetración de la persona jurídica, por la cual establece: “el daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de los socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios. El socio o controlante que aplicará los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva”.

La norma se refiere a cualquier hecho del socio que haya obrado con culpa o dolo, en virtud del cual haya ocasionado un daño a la sociedad, pudiendo ser éste tanto moral como patrimonial.

Si la actuación del socio proporcionó ganancias a la sociedad, esta circunstancia no podrá ser invocada por él a fin de compensar la obligación de indemnizar que la ley le impone.

3.1. Responsabilidad frente a la sociedad y los terceros

En su momento se estableció que la sociedad constituida conforme a los requisitos que la ley impone, importa un recurso técnico establecido por la norma, que le permite ser titular de un patrimonio y de los demás atributos propios de la personalidad (nombre, domicilio, etc.).

En consecuencia, los socios son distintos de aquélla. La persona jurídica “sociedad” se diferencia de la persona del socio: ambos tienen por separado su patrimonio y sus atributos según su personalidad propia.

Las obligaciones asumidas por la sociedad pertenecen, pues, a dicho ente y los acreedores de ésta no pueden acceder directamente al patrimonio

de los socios (aun cuando por el tipo social los socios tuvieran responsabilidad solidaria e ilimitada, una vez extinguido el patrimonio de la sociedad).

La ley establece que la promoción de acciones judiciales, que se originen en controversias societarias, tramitarán por el proceso sumario, salvo que se indique otro distinto, para brindar celeridad al litigio[16].

El art. 56 de la LGS dispone al efecto: "La sentencia que se pronuncie contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios en relación a su responsabilidad social y puede ser ejecutada contra ellos, previa excusión de los bienes sociales, según corresponda de acuerdo con el tipo social de que se trate".

El beneficio de excusión es una defensa de los socios para poder frenar las pretensiones del acreedor social. La sentencia obtenida hace cosa juzgada por el principio de economía procesal y defensa en juicio.

Por su parte, los acreedores particulares del socio no pueden atacar el patrimonio social. Éstos no pueden acceder a los bienes sociales por cuanto pertenecen a una persona diferente del socio. Si se permitiera que puedan accionar contra el patrimonio de la sociedad, se estaría vulnerando el principio de su integridad, impidiendo el cumplimiento del objeto y su subsistencia en el mundo jurídico.

El art. 58, LGS, constituye otra herramienta de defensa de los socios en tanto señala que la actuación de los administradores obliga a la sociedad por todos aquellos actos que no sean notoriamente extraños al objeto social.

Cuando se trata de sociedades de interés o de personas, el beneficio de excusión pierde virtualidad en el caso de la quiebra de las sociedades, ya que ésta se extiende a los socios (art. 160, ley de concursos y quiebras)[17].

Los acreedores particulares de los socios sólo pueden accionar o ejercitar algunos derechos sobre la porción de capital que el socio deudor detente en la sociedad, debiendo distinguirse cuando se trate de sociedades por parte de interés o sociedades por cuotas o acciones.

Conforme al art. 57, LGS:

a) En las sociedades por partes de interés: los acreedores del socio no pueden hacer vender la parte de interés; sólo pueden cobrarse sobre las utilidades y la cuota de liquidación. La sociedad no puede ser prorrogada si no se satisface al acreedor particular embargante.

b) En las sociedades por cuotas y acciones: los acreedores pueden hacer vender las cuotas o acciones de propiedad del deudor, con sujeción a las modalidades estipuladas.

---

(16) La ley 25.488, que modifica el CPCCN. eliminó el procedimiento sumario por lo que se entiende que debe tramitarse por el procedimiento ordinario.

(17) Este beneficio no era aplicable en el caso de las sociedades irregulares y de hecho.

Cabría preguntarse, qué ocurre en las sociedades en comandita por acciones. A este respecto se entiende que resulta aplicable el mismo régimen diferenciando: sólo es susceptible de venderse en forma compulsiva el capital comanditario.

3.2. Socio aparente. Socio oculto. Socio del socio

Los arts. 34 y 35 de la LGS constituyen reglas para modalidades especiales del estado de socio. Estas modalidades no necesariamente son consideradas ilícitas, sino que, por el contrario, pueden responder a causas lícitas.

3.2.1. Socio aparente

Es socio aparente el que se presenta frente a los terceros como socio, no sólo prestando su nombre, sino simulando también un aporte. Su actuación no es ilícita en sí misma, por cuanto puede responder a cuestiones de crédito, de mercado, etcétera.

La norma, no obstante, si bien no sanciona esta figura, sí tutela el interés de los terceros de buena fe, de quien tiene toda la apariencia de tal, y actúa exteriormente como socio, no reuniendo los requisitos legales de tal calidad.

La ley regula la situación imponiéndole al socio aparente, frente a los terceros de buena fe, exactamente las mismas obligaciones y responsabilidades que tendría si fuera realmente socio, es decir, si recayera sobre su persona el estatus jurídico de socio.

Asimismo, otorga acción al socio para reclamar a los restantes una indemnización, si éste hubiera tenido que responder frente a terceros por lo que hubiere pagado.

3.2.2. Socio oculto

El socio oculto es el que participa de los resultados de la sociedad, sin soportar los riesgos, por lo menos frente a los terceros, porque no figura en el contrato de la sociedad.

Responde en forma ilimitada y solidaria, conforme a lo establecido en el art. 125 de la LGS

3.2.3. Socio del socio

El art. 35 de la LSC —hoy LGS— viene a resolver la cuestión de quien es socio en una sociedad y reconoce a favor de otro una participación en su parte de interés, cuotas o acciones, quitándole el carácter de socio al participado.

En efecto, la ley no ha querido otorgar el estatus de socio al participado y, en consecuencia, no tiene derechos y obligaciones derivadas de esa condición, pudiendo solamente exigirle a quien le otorgó la participación los derechos que emergen del título de participación.

El artículo de la ley establece que cualquier socio puede dar participación a terceros en lo que le corresponde en ese carácter. Esta comunidad de intereses entre el socio y el tercero participante es absolutamente inoponible a la sociedad.

Estos partícipes carecen de la calidad de socio, no tienen ningún tipo de acción social, y se les aplicarán las reglas sobre sociedades accidentales o en participación.

Es decir que el socio del socio carece de todo tipo de injerencia o participación en los negocios societarios.

4. Nulidades societarias: comparación con las nulidades del derecho civil. Vicio de la nulidad que afecta el vínculo de alguno de los socios

4.1. Consideraciones previas

Previo a ingresar al estudio de las nulidades, tanto societarias como civiles, es importante definir algunos términos propios de estos institutos a fin de comprender los temas en estudio.

a) Nulidad. La nulidad es una sanción de invalidez establecida exclusivamente por la ley respecto de los actos jurídicos que no cumplen con determinados extremos previstos en la norma. Esta sanción priva al acto de sus efectos normales.

Para entender el régimen de las nulidades, es necesario advertir algunos conceptos en forma previa.

b) Ineficacia. La ineficacia es un concepto más amplio, abarcativo de la caducidad, la rescisión, la revocación etc., de un acto jurídico, fundado en causas exógenas al mismo.

c) Inoponibilidad. Un acto inoponible es válido entre las partes celebrantes pero no tiene eficacia, siendo ésta su consecuencia jurídica, frente a ciertos terceros que pueden desconocerlo como si no existiera. El acto inoponible tiene fuerza y validez frente a los que fueron partes otorgantes del acto y a algunos terceros. Sería el caso, por ejemplo, de las modificaciones realizadas en un contrato social que aún no se hubiesen inscripto, resultando entonces inoponibles a los terceros de buena fe (art. 12).

d) Nulidad. La nulidad, en cambio, importa la pérdida de eficacia con relación a todos los sujetos. Priva al acto de todos sus efectos normales.

4.2. Régimen de las nulidades en el Código Civil y Comercial de la Nación

El CCyCN (t.o. ley 26.994) en su cap. 9, sección 1ª, regula la *ineficacia de los actos jurídicos*(18). La noción de acto jurídico posibilita a los sujetos establecer relaciones jurídicas como finalidad inmediata para adquirir, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas: esta liberalidad en ejercicio de la autonomía de la voluntad no sólo atiende al momento de la celebración del acto sino que se expande también a sus efectos, cumplidos los cuales nos indican que se está en presencia de la denominada eficacia del acto.

El CCyCN, en los arts. 382 y ss., fija disposiciones generales relativas a la ineficacia de los actos y establece que los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su *nulidad* o de su *inoponibilidad* respecto a determinadas personas, pudiéndose intentar por vía de acción de nulidad u oponerse como excepción.

El CCyCN prevé el instituto de la conversión para los casos en que el acto nulo pueda convertirse en otro diferente que sea válido, si el fin práctico permite suponer que las partes así lo hubieran querido si hubiesen previsto la nulidad.

Ésta es otra novedad introducida por la reforma basada en anteriores proyectos de modificación, y que consiste en la transformación de un acto viciado de nulidad en otro válido, siempre que este último satisfaga los requisitos esenciales requeridos por el ordenamiento jurídico.

Establece además una categoría que denomina acto indirecto, siendo tal cuando un acto jurídico se celebra para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto jurídico, otorgándole validez siempre que no perjudique derechos de terceros o que no eluda una prohibición.

El negocio jurídico indirecto se caracteriza porque las partes recurren a un acto jurídico determinado a efectos de alcanzar una finalidad práctica distinta de aquella que resulta típica del acto realizado.

4.3. Nulidad absoluta y nulidad relativa

La sección 2ª del CCyCN establece el criterio de distinción entre nulidad absoluta y relativa. Así, el art. 386 establece que son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres, y son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas.

---

(18) La incorporación del concepto de ineficacia de los actos jurídicos es novedosa, y ha sido tomada de los Proyectos de Unificación del año 1993 y 1998.

En el art. 387 fija las consecuencias de la nulidad absoluta estableciendo que puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede ser alegada por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción.

Por su parte, las consecuencias de la nulidad relativa sólo pueden declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante.

Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto no puede alegarla si obró con dolo.

4.4. Nulidad total y nulidad parcial

También el CCyCN refiere a la nulidad total y la nulidad parcial en el art. 389, siendo la primera la que se extiende a todo el acto y la segunda la que afecta a una o varias de sus disposiciones. La norma establece principio de integración, y a tal efecto dispone que la nulidad de una disposición no afectará a las otras disposiciones válidas, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total.

4.5. Efectos de la nulidad

En cuanto a los efectos de la nulidad, el art. 390 fija la restitución de las cosas como principal efecto. Es decir, vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo, obligando a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido, aplicándose en la restitución los principios de la buena o mala fe.

4.6. Confirmación

Dispone el art. 393 que habrá confirmación cuando, la parte que puede articular la nulidad relativa manifiesta, expresa o tácitamente, su voluntad de tener al acto por válido después de haber desaparecido la causa de nulidad. Para confirmar el acto no se requiere la conformidad de la otra parte.

La forma de la confirmación, si es expresa, el instrumento en que ella conste debe reunir las formas exigidas para el acto que se sanea y contener la mención precisa de la causa de la nulidad, de su desaparición y de la voluntad de confirmar el acto.

Si por el contrario es tácita, resulta del cumplimiento total o parcial del acto nulo realizado con conocimiento de la causa de nulidad o de otro acto del que se deriva la voluntad inequívoca de sanear el vicio.

4.7. Efecto retroactivo

Finalmente, el art. 395 declara el efecto retroactivo que posee la confirmación del acto entre vivos originalmente nulo, el que se retrotrae a la fecha en que se celebró el acto. En el supuesto de confirmación de disposiciones de última voluntad opera desde la muerte del causante y en cualquier caso no perjudica derechos de terceros de buena fe.

4.8. Inoponibilidad

El art. 396 fija que el acto inoponible no tiene efectos respecto de terceros, excepto en los casos previstos por la ley. Y asimismo dispone que pueda hacerse valer o pueda ser invocado en cualquier momento, sin perjuicio del derecho de la otra parte a oponer la prescripción o la caducidad.

5. RÉGIMEN DE NULIDAD EN EL DERECHO SOCIETARIO

5.1. El régimen de nulidad en la Ley General de Sociedades. Causales

La ley 19.550 establecía, con anterioridad a la reforma de la ley 26.994, un régimen de nulidad en los arts. 16 a 20.

Según dicho régimen era dable distinguir entre:

a) Nulidad (o anulabilidad) que afectase el vinculo de alguno de los socios.

b) La nulidad (o anulabilidad) por violación u omisión en el acto constitutivo de requisitos esenciales. En este último caso, se producía la invalidez del acto como negocio constitutivo poniendo fin a la existencia de la sociedad.

5.1.1. Nulidad (o anulabilidad) que afecte el vínculo de los socios

Este principio se derivaba del contrato plurilateral de organización, como naturaleza jurídica del negocio societario.

El vicio que afectara el consentimiento de alguno de los socios no implicaba la nulidad total del acto constitutivo, sino sólo del vínculo del socio que lo ha sufrido.

En efecto, el art. 16 establecía un principio general: "la nulidad o anulación que afectará el vinculo de alguno de los socios no producirá la nulidad, anulación o resolución del contrato…".

Este principio reconocía tres excepciones, según lo establecía la misma norma y en consecuencia, el vicio que producía la invalidez del vínculo con un socio sería causa de nulidad total en estos casos:

a) Cuando se tratara de una sociedad de dos socios, el vicio de la voluntad hacía anulable el contrato.

b) Cuando se tratara de una sociedad de más de dos socios y los vicios afectaran la voluntad de los socios a los que pertenecía la mayoría del capital social.

c) Cuanto se tratara de una sociedad de más de dos socios y el vicio afectara a un socio cuya prestación o participación de ese socio fuera considerada esencial.

Cuando el vínculo de alguno de los socios se veía afectado correspondía declarar su nulidad[19].

5.1.2. Nulidad por atipicidad y omisión de requisitos esenciales tipificantes

En este caso la ley, en el art. 17, determinaba en forma limitativa los tipos societarios.

Todo apartamiento de los tipos sociales establecidos en ella era sancionado con la nulidad.

La ley se apartaba del principio de libertad contractual, y la única excepción a esta norma estaba dada por las sociedades de hecho con objeto comercial no instrumentadas, que no eran declaradas nulas, sino que se erigían en sujetos de derecho pasibles de regularización.

5.1.2.1. Omisión de requisitos esenciales no tipificantes

Los requisitos esenciales no tipificantes[20] son aquellos considerados comunes a todos los tipos societarios, y que conforme al art. 11 de la LSC, constan en el contrato constitutivo salvo que su omisión ya esté prevista y subsanada por la misma ley.

En este caso, el art. 17 sancionaba la omisión de estos requisitos haciendo anulable el contrato, pero podía subsanarse hasta su impugnación.

Es decir que se confirmaba el requisito de la tipicidad como rector en materia de nulidades estableciendo la nulidad absoluta para tales casos, no así en materia de requisitos esenciales no tipificantes, los cuales podían

(19) La nulidad era declarada cuando el socio careciera de capacidad para contraer dicho tipo societario, o cuando, no siendo incapaz, su voluntad hubiera estado viciada por cualquier hecho que le hubiera privado de la razón, o si hubiera incurrido en un error grave y excusable, o si hubiere sido víctima de dolo, fuerza o intimidación. En estos casos se aplicaban los principios generales sobre nulidades de los contratos por incapacidad de las partes. (arts. 1164 y ss., CCiv.).

(20) Falta de plazo de duración, omisión del domicilio de la sociedad, omisión del nombre o denominación, etc. (art. 11, incs. 5°, 2°).

subsanarse en cualquier momento mientras no hubiese mediado impugnación judicial, determinando en este caso la anulabilidad del contrato.

5.1.3. Nulidad por objeto ilícito y por objeto prohibido

El art. 18 de la LSC sanciona con nulidad absoluta las sociedades de objeto ilícito.

Establece la norma, que declarada la nulidad se procede a su liquidación a designación del juez.

Realizado el activo y cancelado el pasivo social y los perjuicios causados, el remanente ingresa al patrimonio estatal para el fomento de la educación.

Los socios y los administradores, y quienes actuaron como tales en la gestión social, responden solidaria e ilimitadamente por el pasivo social y los perjuicios causados. Los socios no pueden invocar la existencia de la sociedad, no pueden demandar a terceros ni reclamar la restitución de lo aportado, como tampoco la división de las ganancias o la contribución a las pérdidas.

5.1.4. Las sociedades de objeto lícito pero de actividad ilícita

El supuesto es distinto del previsto en el art. 18. Aquí la sociedad es lícita, es válida, pero realiza actividades ilícitas, es decir, no se trata de un vicio en el contenido del contrato, sino que consiste en una desnaturalización de su objeto.

Es importante destacar aquí el problema que se planteaba, ya que se debía identificar la actuación de la sociedad con la de sus administradores, sea por dolo o negligencia del resto de los administradores, órganos de gobierno o fiscalización.

El art. 19, LSC, establece que se debe proceder a la disolución y liquidación de la sociedad a pedido de parte o de oficio y remitir a la aplicación de las reglas del art. 18, LSC.

Aquí la norma sanciona el ejercicio efectivo de una actividad ilícita. La norma, si bien remitía al art. 18, no presume de pleno derecho la mala fe de todos los integrantes sino que sino que éstos podían, probando su buena fe, eximirse de lo previsto en los párrs. 3° y 4° del art. 18.

5.1.5. Sociedades de objeto prohibido en razón del tipo

El art. 20 de la LSC establece que las sociedades que tengan un objeto prohibido en razón de su tipo son nulas de nulidad absoluta. El juez ordena su liquidación y designa liquidador. El remanente se distribuye entre los socios.

Es el caso en que existen leyes que determinan y regulan otras actividades, por ejemplo, la ley de entidades financieras, seguros, ahorro y préstamos para la vivienda, etcétera.

5.2. El régimen de las nulidades societarias luego de las modificaciones introducidas por la ley 26.994 a la Ley General de Sociedades 19.550

La ley introduce importantes modificaciones al Régimen de las nulidades societarias, sustituyendo la redacción de los arts. 16 y 17 y quedando los restantes arts. 18, 19 y 20 con su redacción original, motivo por el cual se remite al estudio y análisis concretado en el punto anterior.

Introduce dos importantes modificaciones respecto de las nulidades:

a) en la nulidad en razón del vínculo, la ley incorpora un nuevo supuesto;

b) en el caso de las observaciones que tienen origen en la omisión de requisitos esenciales tipificantes y no tipificantes, descarta del régimen de nulidad otrora existente.

5.3. Nulidad que afecta el vínculo de los socios

En efecto, el art. 16 de la nueva ley establece:

"La nulidad o anulación que afecte el vínculo de alguno de los socios no producirá la nulidad, anulación o resolución del contrato, excepto que la participación o la prestación de ese socio deban considerarse esencial, habida cuenta de las circunstancias o que se trate de socio único.

"Si se trata de sociedad en comandita simple o por acciones, o de sociedad de capital e industria, el vicio de la voluntad del único socio de una de las categorías de socios hace anulable el contrato".

El principio de pluralidad en la nueva ley, es de alguna forma relativo, en tanto, admite la constitución de sociedades unipersonales (art. 1°) bajo el tipo de SA.

Si se infringe esta norma, la sociedad unipersonal que se constituya con alguno de los otros tipos sociales, o bajo una sociedad de libre creación, será igualmente válida, y no estaría afectada de nulidad sino que pasará a estar regida por la sección IV.

Asimismo, la ley elimina de las causales de disolución la "reducción a uno del número de socios".

5.4. Atipicidad. Omisión de requisitos esenciales

La ley elimina la nulidad por atipicidad. Dispone en el art. 17 que las sociedades previstas en el cap. II, es decir, todas las sociedades que son típicas

(sociedad colectiva, sociedad de capital e industria, sociedad en comandita simple, sociedad en comandita por acciones, sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada) no pueden omitir requisitos esenciales tipificantes; tampoco pueden contener elementos incompatibles con el tipo legal y, en caso de que se infrinja esta previsión, la sociedad no producirá efectos propios del tipo y pase a estar comprendida en la sección IV.

También la norma elimina la anulabilidad cuando se tratare de la omisión de requisitos esenciales no tipificantes (los comprendidos en el art. 11). En tal caso, también la sociedad pasa a quedar comprendida en la sección IV.

Al efecto, el art. 17 establece:

"Las sociedades previstas en el Capítulo II de esta ley no pueden omitir requisitos esenciales tipificantes ni comprender elementos incompatibles con el tipo legal.

"En caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo".

En lo que concierne a las sociedades con objeto ilícito, pero actividad ilícita y sociedades de objeto prohibido en razón del tipo, la ley no ha sufrido modificaciones, manteniéndose la redacción original de estos artículos.

A tales efectos se remite al estudio del punto 5.1.3, 5.1.4. y 5.1.5.

Cabe destacar que las nuevas modificaciones introducidas al CCyCN no prevén la existencia de hechos y actos ilícitos, por ello, según lo dispuesto por la norma, estas sociedades serán nulas de nulidad absoluta como en el régimen original.

Por su parte, las sociedades de objeto lícito, pero actividad ilícita, no se declaran nulas, debiéndose disolver y liquidar a pedido de parte o de oficio, con la aplicación de las normas sobre sociedades de objeto ilícito con limitaciones respecto de los socios de buena fe.

En cuanto a las sociedades de objeto prohibido en razón del tipo se mantiene la sanción de nulidad absoluta.

5.5. Principales diferencias entre las nulidades civiles y comerciales

En virtud de lo expuesto, podemos establecer las siguientes diferencias entre las nulidades societarias y las civiles de la siguiente forma:

a) la pérdida de la validez del acto no es retroactiva, como en los actos nulos del derecho civil;

b) en el derecho civil las partes deben restituirse lo que con motivo del acto hubieran recibido;

c) es posible la resolución parcial del contrato en materia societaria, y no así en cuestiones civiles donde la resolución deja sin efecto el contrato.

6. El Régimen Inscriptorio de las sociedades. Sociedades en formación. Desaparición de las sociedades irregulares y de hecho y su reemplazo conceptual por las sociedades subsanables. El Régimen inscriptorio en la nueva Ley General de Sociedades

6.1. Régimen Inscriptorio en la ley 19.550[21]

En la primigenia ley 19.550, el art. 5° disponía que el contrato constitutivo de sociedad, su modificación y de existir, su reglamento, debiera inscribirse registralmente en el Registro Público de Comercio correspondiente al domicilio social y según las disposiciones de los arts. 36 y 39 del Código de Comercio.

A su vez, si el contrato constitutivo de la sociedad no se registraba, se aplicaba como sanción las normas previstas en los arts. 21 a 26 de la LSC, que regulaban "las sociedades no constituidas regularmente".

En cuanto a las modificaciones estatutarias, la ley también obligaba a su inscripción, otorgando al acto efecto declarativo frente a la comunidad. Su incumplimiento se sancionaba con la inoponibilidad de éstas frente a los terceros de buena fe (art. 12, LSC), y si se estaba frente a una sociedad de interés, los terceros podían alegar esas modificaciones no inscriptas, pero en el caso de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada los terceros no podían invocar las reformas no registradas ni contra la sociedad ni sus socios.

La falta de inscripción de las modificaciones de una sociedad no acarreaba la irregularidad sino la inoponibilidad con los alcances indicados.

Los arts. 36 y 39 del Código de Comercio establecían un plazo de 15 días corridos desde su otorgamiento para retrotraer sus efectos al momento de su otorgamiento, es decir, a la fecha de celebración del contrato.

Si la presentación era posterior a este plazo, y no había oposición, los efectos del contrato se contaban a partir de su inscripción registral.

El Registro Público de Comercio tenía como función dar publicidad a los actos y brindar oponibilidad hacia los terceros.

La inscripción implicaba el control por parte del organismo correspondiente del cumplimiento de los requisitos legales y fiscales, la toma de razón

---

(21) El Registro Público de Comercio en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde el año 1980 está a cargo de la Inspección General de Justicia, quien tiene a su cargo la inscripción de las sociedades comerciales (ley 22.315 y 22.316). En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, está a cargo de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas.

y la publicidad (art. 6°, LSC). Las sociedades por acciones y por cuotas, además de adquirir su regularidad con la inscripción, debía publicar por un día en el Boletín Oficial un aviso, conforme art. 10, LSC.

6.1.1. Efectos de la inscripción registral

De acuerdo con el original art. 7°, obtenida la inscripción registral, la sociedad se encontraba regularmente constituida.

Es decir, que entraban en vigencia todos los elementos propios del tipo elegido para desarrollar el objeto social.

Los efectos de la inscripción eran constitutivos de la regularidad de la sociedad, pero no de la existencia del ente, ya que la sociedad quedaba constituida —anteriormente— con el acuerdo de voluntades.

6.2. Sociedad en formación

Estas sociedades son aquellas que adoptaron un tipo social establecido en la ley, ejecutaron todas las formalidades que la norma les exige y se encuentran cumpliendo el trámite de inscripción (art. 184).

Es decir, que la sociedad en formación ha otorgado el instrumento de su constitución y ha comenzado con el trámite de inscripción sin abandonarlo.

La ley establece que mientras la sociedad no haya finalizado con su trámite registral alcanzando su inscripción, la representación está a cargo de sus directores (a diferencia de los que establece para el caso de las sociedades no constituidas regularmente).

Éstas pueden adquirir bienes registrables en forma preventiva (art. 38, LSC).

Una vez inscripta la sociedad en formación, los promotores, fundadores y administradores quedan liberados de responsabilidad y la sociedad asume como propios todos los actos desarrollados por éstos durante el *iter* constitutivo. Las cláusulas estatutarias son oponibles entre los socios y los terceros.

En este tipo de sociedad, durante su período fundacional, los directores sólo pueden obligarla por todos aquellos actos necesarios para la constitución y su posterior inscripción y para los relativos al objeto social que expresamente se hayan autorizado en el acto constitutivo.

Es dable clasificar estos actos de la siguiente manera:

a) Actos necesarios

Son los que deben llevarse a cabo para su constitución, en cuanto a los gastos necesarios para efectivizarla y los referidos a la publicación de edictos y la inscripción registral, entre otros.

b) Actos relativos al objeto social

Los actos relativos al objeto social, cuya ejecución durante el período fundacional hayan sido expresamente autorizados, son los que tienen por finalidad cumplir total parcialmente con las actividades que contempla el objeto social de la sociedad, como, por ejemplo, alquilar inmuebles, bienes de uso o de cambio, contratación de recursos humanos, etcétera.

Conforme al art. 58, LSC, los administradores de la sociedad obligan a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social, por lo que si un acto se encuentra autorizado para ser cumplido durante el *iter* constitutivo de la sociedad, esta autorización también comprende los actos complementarios de aquél.

Los directores, promotores y fundadores de la sociedad en formación serán solidarios, ilimitada y directamente responsables por la ejecución de los actos mencionados en los aparts. a) y b), mientras la sociedad no esté inscripta.

c) Demás actos

Los demás actos que no sean de los señalados en a) y b), y que se hayan realizado invocando la sociedad en formación, generan responsabilidad ilimitada, solidaria y directa a las personas que los ejecutaron y los directores y administradores que lo hubiesen consentido.

Obtenida la inscripción de la sociedad los actos señalados en a) y b) se tienen como cumplidos originariamente por la sociedad constituida regularmente.

Los promotores, fundadores y directores quedan liberados de responsabilidad frene a los terceros por las obligaciones que emergen de esos actos.

El directorio de la sociedad tiene la facultad para decidir, dentro del plazo de los tres meses de obtenida la inscripción registral, la asunción por parte de la sociedad de las obligaciones generadas por los demás actos cumplidos con anterioridad a la inscripción, y debiendo dar cuenta de ello a la próxima asamblea ordinaria.

Si la asamblea aprueba la gestión de los directores, quedarán liberados de responsabilidad, pero si no aprueba la asunción de los "demás actos" por parte de la sociedad serán responsables los directores por los daños y perjuicios causados a ella.

6.3. Desaparición de las sociedades irregulares y de hecho y su reemplazo conceptual por las sociedades subsanables

Conforme se anticipara en su momento, el proceso de constitución y registración de una sociedad requiere el cumplimiento de requisitos formales

que no pueden ser dejados de lado para que ésta sea considerada regularmente constituida.

La LSC establecía en los arts. 21 a 26 la figura de las sociedades irregulares y de hecho, a modo de sanción ante el incumplimiento de las formas exigidas por el legislador. Estas sociedades eran sujetos de derecho.

Las de hecho eran las que se creaban solamente por la voluntad de los socios, no tenían por lo general instrumento escrito, ni habían adoptado ninguno de los tipos previstos en la ley.

No se inscribían, y sus cláusulas resultaban inoponibles entre los otorgantes y frente a los terceros.

Las sociedades irregulares, por su parte, era las que, habiendo adoptado un tipo previsto en la ley, constaban en instrumento escrito según las pautas del art. 4°, LSC, pero no habían alcanzado su inscripción registral (art. 7°) y sus cláusulas resultaban inoponibles a terceros.

La irregularidad provenía del acto constitutivo, ya que como se vio, la falta de inscripción de las modificaciones tenía como efecto la inoponibilidad.

Estas sociedades (irregulares y de hecho) eran clases reguladas por el legislador en infracción al régimen societario. Podían utilizar una denominación social, y la actuación de cualquiera de los socios obligaba a los restantes frente a los terceros que contraten con la sociedad.

La personalidad jurídica de estas sociedades era considerada precaria —ya que cualquiera de los socios podía disolverla, art. 22, LSC— y limitada, porque cualquiera de los socios administraba y la representaba (art. 24, LSC).

6.3.1 Regularización[22]*. Disolución*

La ley creaba el instituto de la regularización para estas sociedades, a través del cual podían superar este estadio de irregularidad.

Así, mediante el proceso establecido en el art. 22, LSC, que establecía la regularización, estas sociedades debían adoptar uno de los tipos previstos en la ley, y cumplido el procedimiento fijado en ella, finalmente obtener la inscripción registral.

El instituto no cambiaba al sujeto de derecho, sino que se continuaba con el mismo; la sociedad no se disolvía ni se liquidaba, sino que continuaba en sus derechos y obligaciones bajo la figura de una sociedad regularmente constituida.

(22) Este procedimiento respondía al principio de preservación de la empresa y de la preservación de los derechos de los terceros contratantes con la sociedad.

Los socios no alteraban su responsabilidad con relación a las obligaciones que debían cumplirse con posterioridad a la inscripción.

Cualquiera de los socios podía requerir la regularización, lo que debía comunicarse a los restantes socios por medio fehaciente y la resolución debía ser adoptada por mayoría de socios, cumpliéndose todos los requisitos y formalidades del tipo adoptado y solicitarse la inscripción.

Si no se lograba la mayoría, o si no se solicitaba en término la inscripción, cualquier socio podía provocar la disolución —desde la resolución que la negaba o desde el vencimiento del plazo— sin que los demás socios puedan volver a requerir la regularización.

Cualquier socio podía pedir la disolución de la sociedad no constituida regularmente, la que se produciría a la fecha en que aquél notificara fehacientemente a los restantes su voluntad de disolver, salvo que la mayoría resolviera la regularización, y con el cumplimiento de todos los requisitos el tipo obtuviera su inscripción dentro del plazo de sesenta días.

Los socios que habían votado en contra tenían derecho al valor de su participación conforme a las previsiones del art. 22, última parte, LSC.

Los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad quedaban solidariamente obligados por las operaciones sociales sin poder invocar el beneficio del art. 56, LSC, ni las limitaciones en que se fundara el contrato.

Ni la sociedad ni los socios podían invocar respecto de terceros ni entre sí derechos o defensas nacidos del contrato, pero aquélla podía ejercer derechos emergentes de los contratos celebrados.

Cualquiera de los socios representaba a la sociedad y la existencia de ésta podía ser acreditada por cualquier medio de prueba.

En cuanto a la relación entre los acreedores sociales y acreedores particulares de los socios, eran juzgados como si se tratara de una sociedad regular. Se exceptuaban los casos de los bienes cuyo dominio requerían registración, no permitida en estos casos.

En conclusión, éste era el régimen que a modo de sanción se disponía respecto de las sociedades de hecho e irregulares, ya que contenían un vicio o defecto que no era trascendente para el sistema jurídico.

6.4. Sociedades de la sección IV

La ley 19.550 establecía, en su sección IV, lo relativo a las "sociedades no constituidas regularmente" —arts. 21 a 26—, contemplando a las sociedades de hecho con objeto comercial y a las sociedades no constituidas regularmente.

Varios anteproyectos buscaron modificar esta sección, lo que se concretó con la modificación que hace la ley 26.994 a la ley 19.550, que elimina

las sociedades no constituidas regularmente (sociedades irregulares y de hecho con objeto comercial).

La ley denomina a la nueva sección IV, con el título: “De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos”, y determina cuáles son las sociedades incluidas bajo este título.

El art. 21 establece, a tal efecto, que se rige, por lo dispuesto en esa sección, la sociedad que

- no se constituya con sujeción a los tipos del cap. II;
- que omita requisitos esenciales;
- o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley.

En consecuencia, se encuentran incluidas en la sección IV:

Las que no se constituyan según los tipos previstos en el cap. II, es decir, las sociedades que no se constituyan bajo los tipos de:

- sociedades colectivas;
- sociedades de capital e industria;
- sociedades en comandita simple;
- sociedades de responsabilidad limitada;
- sociedades anónimas o en comanditas por acciones;
- sociedades que omitan requisitos esenciales (sean éstos tipificantes o no tipificantes);
- sociedades que no cumplan con las formalidades que exija la ley.

Desaparecen del régimen actual las sociedades de hecho y las sociedades no constituidas regularmente que sí estaban reguladas con anterioridad.

La ley, en su nueva redacción, mantiene el requisito del contrato escrito para la existencia de sociedad, pudiendo ser éste público o privado con firmas certificadas por escribano público.

En un primer análisis es viable concluir quá sociedades comprende o quedarían comprendidas en esta nueva sección IV:

a) las sociedades de hecho con y sin objeto comercial;

b) las sociedades irregulares;

c) las sociedades civiles.

6.4.1. Sociedades civiles

Como se ha dicho oportunamente, la ley 26.994 ha derogado el Código Civil y el Código Comercial, dando lugar al nuevo Código Civil y Comercial unificado. Por tal motivo, las normas referidas a la sociedad civil (arts. 1648

y ss.) han quedado derogadas. Ni el nuevo Código unificado, ni la Ley General de Sociedades establece qué pasará con las sociedades civiles existentes en la actualidad. No obstante, se considera que la incorporación dentro del articulado de la sección IV de la Ley General de Sociedades, respecto de la responsabilidad mancomunada de los integrantes de las sociedades comprendidas bajo este título, hace suponer la intención del legislador de incluirlas en nuevo régimen legal.

6.4.2. Sociedad anónima unipersonal

Es posible que una sociedad anónima unipersonal (SAU) no se inscriba o que, aun inscripta, haya omitido requisitos esenciales o incumpla con las formalidades exigidas por la ley.

De presentarse esta situación se estaría frente a una SAU comprendida en las sociedades de la sección IV.

La ley no lo establece en forma expresa. Pero al tratarse de una situación posible, debe ser cuidadosamente analizada, ya que podrían burlarse las normas establecidas como modo de control a este tipo de sociedades.

6.5. El régimen aplicable de la sección IV

Brevemente se analizará cómo funciona el nuevo régimen de esta sección:

6.5.1. Invocación del contrato y sus cláusulas

El nuevo régimen admite la invocación del contrato entre los socios. Así lo establece el art. 22 de la LGS. Y también pueden ser invocadas entre los socios las cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad (art. 23, LGS).

6.5.2. Oponibilidad del contrato

Establece la oponibilidad del contrato a los terceros, pero sólo si se puede probar que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación jurídica obligatoria. El contrato también puede ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores.

6.5.3. Representación de la sociedad

Se dispone asimismo que en las relaciones con los terceros cualquiera de los socios representará a la sociedad exhibiendo el contrato. Si se prueba que los terceros conocían efectivamente el contrato al tiempo de la relación jurídica, le puede ser opuesta.

6.5.4. Bienes registrables

La nueva ley establece normas para la adquisición por parte de la sociedades comprendidas en la sección IV que adquieran bienes registrables.

Para ello, estas sociedades deberán acreditar ante el Registro correspondiente:

- su existencia;
- facultades de su representante;
- un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios.

El instrumento que se presentare al registro debe ser instrumentado en escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano. Cumplidos estos recaudos, el bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad.

Cabe destacar la importancia de esta modificación, atento a que en el régimen anterior de la ley 19.550, las sociedades irregulares y de hecho no podían ser titulares de bienes registrables, y esto fue arduamente discutido en la doctrina y la jurisprudencia.

6.5.5. Prueba

En cuanto a la prueba de su existencia, la existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba.

6.5.6. Responsabilidad de los socios

La LGS legisla un nuevo régimen de responsabilidad en el art. 24, en el cual los socios responden frente a los terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales.

Salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción, resulten:

1) de una estipulación expresa respecto de una relación o un conjunto de relaciones;

2) de una estipulación del contrato social, en los términos del art. 22;

3) de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales.

7. SOCIEDADES SUBSANABLES

En el anterior régimen, la ley 19.550 establecía en su art. 7° la regularidad y la irregularidad (que era tratada en la sección IV, arts. 21 a 26, estableciendo en esta sección el estatuto de la “regularización”).

La nueva LGS, si bien mantiene su art. 7°, no legisla la irregularidad, y al desaparecer este concepto y al no existir en adelante las sociedades irregulares, no habrá sociedades que deban ser regularizadas.

No obstante ello, la ley plantea casos de sociedades atípicas que la doctrina ha dado en llamar “sociedades de libre creación”, y también el de aquellas en las cuales los socios hubieran omitido algunos requisitos o elementos no tipificantes pero comunes a cualquier contrato social.

La ley resuelve estas situaciones a través de un nuevo instituto denominado “subsanación”.

Así, en el art. 25, establece que para el caso de sociedades incluidas en esta sección, la omisión de requisitos esenciales, tipificantes o no tipificantes, la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido o la omisión de cumplimiento de requisitos formales pueden subsanarse y establece un procedimiento para tal subsanación.

La subsanación podrá llevarse a cabo a iniciativa de la sociedad o de los socios en cualquier tiempo durante el plazo de la duración previsto en el contrato. No se necesita invocar causa. Y se requiere que haya acuerdo unánime para subsanar omisiones o defectos del contrato. La ley no aclara si se trata de una reunión de socios, o de qué forma se tomará el acuerdo unánime, comunicaciones, consultas.

Para el caso de que no haya acuerdo unánime de los socios, la subsanación puede ser ordenada judicialmente en procedimiento sumarísimo. No surge de la ley quién resulta legitimado para promover la acción de subsanación. En un primer análisis, puede entenderse que la sociedad y los socios que haya votado a favor de la subsanación cuentan con legitimación para iniciar dicha acción. Tampoco se establecen los plazos para promoverla.

El juez puede suplir la falta de acuerdo, ordenar la subsanación de la sociedad sin imponer mayor responsabilidad a los socios que no lo consientan.

La ley establece un límite, ya que no se puede imponer en la sentencia que ordena la subsanación mayor responsabilidad a los socios que no la hubieran consentido.

Para el caso del socio disconforme, se establece un derecho de receso que podrá ejercer dentro de los 10 días de quedar firme la decisión judicial, en los términos del art. 92.

8. El régimen inscriptorio en la Ley General de Sociedades

8.1. Nuevo régimen de inscripción

A raíz de la reforma producidas y de la derogación del Código de Comercio, la LGS tiene su propio régimen inscriptorio.

El art. 5°, LGS, establece que el acto constitutivo, su modificación y el reglamento, si lo hubiere, se inscribirán en el Registro Público del domicilio social y en el Registro que corresponda al asiento de cada sucursal, incluyendo la dirección donde se instalan, a los fines de la art. 11, inc. 2°. Esta previsión resulta novedosa en la ley.

En materia de publicidad, se establece que las sociedades harán constar en la documentación que de ellas emane la dirección de su sede y sus datos inscripción.

La inscripción se dispondrá previa ratificación de los otorgantes, excepto que se extienda por instrumento público o privado con firmas certificadas por escribano público.

En cuanto a la publicidad de los actos, se establece que las sociedades deberán hacer constar en la documentación que de ellas emane la dirección de su sede y los datos de inscripción.

El art. 6° dispone que el juez (hoy Inspección General de Justicia) deba comprobar el cumplimiento de todos los requisitos legales y fiscales respecto de la inscripción que se somete a su consideración y que en su caso dispondrá la toma de razón y la publicación que corresponda.

8.2. Plazos y procedimientos para la inscripción

La segunda modificación al art. 6° es la de regular el procedimiento en materia de plazos para la inscripción.

Así, la norma establece el límite de 20 días a partir del acto constitutivo para presentar el contrato para su inscripción en el Registro Público de Comercio o, en su caso, la autoridad de contralor. El plazo para completar el trámite será de 30 días adicionales, que queda prorrogado cuando resulte excedido por el normal cumplimento de los procedimientos.

La inscripción que se solicite en forma tardía, o vencido el plazo complementario, sólo se dispondrá si no media oposición de parte interesada.

No hay posibilidad de oposición si la inscripción es solicitada dentro de los plazos normales.

8.3. Autorizados para la inscripción

Éste es un tema también innovador en la ley. Esta norma viene a facilitar la legitimación en el proceso de inscripción y, a tal efecto dispone que si no hubiera mandatarios especiales para realizar los trámites de inscripción, se entenderá que están autorizados los representantes designados en el acto constitutivo, de lo contrario, cualquier socio puede instar la inscripción a expensas de la sociedad.

Síntesis

Tal como se adelantó, la ley 26.994 modificó la Ley de Sociedades Comerciales —19.550— que a partir del 1 de agosto de 2015 mutó su denominación por la de Ley General de Sociedades.

Esta ley introduce cambios tan importantes como novedosos, que afectan tanto la constitución de la sociedad, la relación de los socios frente a la sociedad, la inscripción registral, sus efectos, la responsabilidad de los socios, la capacidad, la nulidad, entre otros aspectos.

Dentro de estas modificaciones no se pueden dejar de destacar dos de ellas que marcan un antes y un después en el régimen societario argentino.

La primera se refiere a la incorporación de las sociedades unipersonales, y la otra tiene que ver con la llamada sección VI de la ley, que regula lo que algunos autores llaman “sociedades informales o de libre creación”.

Conforme se señalara en su momento, a partir de la ley 26.994, las sociedades no se denominan más “comerciales”, pero deben ser todas “empresarias”.

La ley incorpora en su nueva redacción, dándole una importancia fundamental, al principio de autonomía de la voluntad, introduce cambios en el régimen de responsabilidades y elimina el régimen de la sociedad no constituida regularmente, o sea, aquella que no acudió a instrumentarse como una sociedad “típica” y que, en consecuencia, se regía hasta ahora por las reglas de los arts. 21 a 26, ley 19.550.

Se crea una nueva categoría societaria a la que denomina “de la sección IV”, y que se corresponde con el concepto de “sociedades informales o subsanables”, dentro de las que se agrupan las otrora sociedades de hecho y sociedades irregulares.

Un efecto novedoso es que la sociedad subsanable podrá adquirir bienes registrales a su nombre, por un acto de reconocimiento de todos los socios, permitiendo separar los bienes personales de los bienes afectados a la sociedad, y se incorpora la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad que pasa a ser mancomunada y divida en partes iguales.

En materia de capacidad para contratar, se supera la limitación de la ley anterior, que sólo permitía a los cónyuges ser socios de sociedades en las que tengan responsabilidad limitada y los autoriza a integrar cualquier tipo de sociedad, incluyendo a las informales de la sección IV recién referidas (nuevo art. 27, LGS). Se introducen asimismo reformas en cuanto los herederos menores (art. 28).

Se admite que las sociedades por acciones puedan ser socias de otras sociedades por acciones, de SRL y que puedan ser parte de contratos asociativos (art. 30).

Desaparecen la nulidad de la sociedad atípica y la anulabilidad por ausencia de requisitos esenciales no tipificantes (art. 17). La omisión de requisitos esenciales tipificantes o no tipificantes, o la inclusión de elementos incompatibles con el tipo social, priva a la sociedad de los efectos del tipo y la sujeta a la sección IV, llamada "sociedades informales" o subsanables.

En materia registral se mantiene el sistema de publicidad mercantil para las sociedades y en cuanto a las sociedades, se alude a la inscripción en el "Registro Público". La ley estable nuevos plazos y procedimientos para la inscripción en los arts. 5° y 6° y desaparece la mención al control de los requisitos "legales y fiscales".

Resulta, finalmente, novedoso, que la falta de inscripción de la sociedad no crea "irregularidad" sino que —por el contrario— deriva a la sociedad al régimen de las sociedades informales o subsanables.

En este cap. se adaptaron los subtítulos al formato de la obra. Por favor, revisar.

Capítulo X

Documentación y registración

Por Christian Taliercio[1]

1. Documentación y registración societaria

1.1. Régimen del Código Civil y Comercial y Ley General de Sociedades

El régimen legal vigente contiene normas jurídicas sobre documentación y registración societaria, tanto en el Código Civil y Comercial (Libro

(1) Abogado (UNMdP). Magíster en Derecho Empresario (Universidad Austral). Autor de numerosos artículos y coautor de libros de su especialidad.

Primero del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, dedicado a *Parte General*; sección 7ª; *título IV*: *Hechos y actos jurídicos; capítulo 5: Actos jurídicos*, de los arts. 320 a 331), como en la Ley General de Sociedades (ley 19.550, t.o. dec. 841/1984, modif. ley 26.994) (arts. 61 a 73).

A estas normas se las complementa con otras que rigen las sociedades en razón de su objeto (v.gr., a las entidades bancarias les resultan exigibles normas dictadas por la función de superintendencia del BCRA, que en razón de su objeto disponen, mediante comunicaciones y otra normativa de carácter general, obligaciones que deben ser observadas en la forma de llevar su contabilidad y presentación de estados contables) y resoluciones técnicas de los Consejos Profesionales de Ciencias Económicas.

En términos generales, toda empresa tiene el deber de llevar contabilidad organizada conforme a las pautas que fija la regulación vigente, sobre una base uniforme de la que pueda resultar un cuadro verídico de sus negocios, respaldada en la documentación legalmente válida que demuestre las operaciones asentadas en los libros respectivos. Los libros obligatorios son el Diario, el Inventarios y Balances, y todo aquel que resulte necesario para una adecuada integración del sistema de contabilidad (conf. art. 322, CCyCN, y 61, LGS).

1.2. Obligados. Excepciones

De acuerdo con lo que dispone el art. 320 del Código Civil y Comercial: "Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios...".

Sabido es que el derecho comercial sufrió una importante evolución desde la concepción histórica que lo contemplaba como el derecho de los comerciantes, hasta la actualidad, en que se lo concibe como el que rige la actividad de la empresa.

En una primera etapa, nació como un derecho especial que regía a los mercaderes. Sostiene Farina: "históricamente se localiza su origen en el medioevo, por cuanto era el derecho aplicable en la jurisdicción consular a las transacciones sobre mercaderías, cuando las personas que en ellas intervenían eran comerciantes y miembros de la corporación respectiva. Pronto se extendió la aplicación de este derecho a los comerciantes no pertenecientes a las corporaciones; es decir, que era, fundamentalmente, el derecho de los comerciantes".

A este primer paso en la evolución responde el denominado "criterio subjetivo", que identifica como actos jurídicos comerciales los realizados por los comerciantes.

A partir de la sanción del Código francés de 1807, se crea una teoría de los actos de comercio con la intención de dar al derecho comercial un "criterio objetivo" que permita extender su aplicación ante determinados actos, o categorías de actos en razón de sus formas (v. gr., cheques), de la naturaleza del contrato (v. gr., seguros), o de la organización de una de las partes (v. gr., empresa). Este segundo es el criterio que surge del art. 8° del derogado Código de Comercio(2), aun cuando adoptando también parte del sistema subjetivo del comerciante como destinatario del derecho comercial(3).

(2) Art. 8°, CCom.: "La ley declara actos de comercio en general: 1. Toda adquisición a título oneroso de una cosa mueble o de un derecho sobre ella, para lucrar con su enajenación, bien sea en el mismo estado que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menor valor; 2. La trasmisión a que se refiere el inciso anterior; 3. Toda operación de cambio, banco, corretaje o remate; 4. Toda negociación sobre letras de cambio o de plaza, cheques o cualquier otro género de papel endosable o al portador; 5. Las empresas de fábricas, comisiones, mandatos comerciales, depósitos o transportes de mercaderías o personas por agua o por tierra; 6. Los seguros y las sociedades anónimas, sea cual fuere su objeto; 7. Los fletamentos, construcción, compra o venta de buques, aparejos, provisiones y todo lo relativo al comercio marítimo; 8. Las operaciones de los factores tenedores de libros y otros empleados de los comerciantes, en cuanto concierne al comercio del negociante de quien dependen; 9. Las convenciones sobre salarios de dependientes y otros empleados de los comerciantes; 10. Las cartas de crédito, fianzas, prenda y demás accesorios de una operación comercial; 11. Los demás actos especialmente legislados en este Código".

(3) Sobre el tema puede profundizarse en la obra de Fontanarrosa, Rodolfo, *Derecho comercial argentino*, t. I, V. P. de Zavalía, Buenos Aires, 1975, desarrollando los conceptos reseñados en el capítulo X, entiende que puede efectuarse la siguiente clasificación: 1) *Actos de comercio naturales*: se trata de los que responden al concepto de comercio que suministra la economía política (actos mercantiles naturales). Quedan comprendidos en este grupo: a) los actos de interposición en el cambio de mercaderías; b) los actos de interposición en el cambio de dinero. Tanto una como la otra figuran enumeradas en el art. 8°, inc. 3° del Código de Comercio. 2) *Actos de comercio por anexión*: Esta clasificación comprende actos cuya naturaleza no es intrínsecamente mercantil, es decir, que no podrían ser considerados comerciales desde el punto de vista de la economía política como los anteriores. Todos ellos ordinariamente son civiles, pero al vincularse con un acto mercantil o con el ejercicio del comercio, quedan sometidos, en virtud de esa conexión, a la disciplina del derecho comercial. Podemos distinguir dentro de éstos: a) actos cuya vinculación con el comercio hay que demostrar en cada caso; b) actos cuya vinculación con el comercio es presumida por la ley, salvo la prueba en contrario. Al primer subgrupo pertenecen: I) el mandato y la comisión (arts. 221 y 222, CCom.); II) la fianza (arts. 8°, inc. 10 y 478, CCom.); III) el mutuo (art. 558, CCom.); IV) el depósito (art. 572, CCom.); V) la prenda (arts. 8°, inc. 10 y 580, CCom.); VI) la prenda con registro organizada por la ley número 12.962 que ratificó al dec. 15.438/1946 (art. 48). Al segundo corresponden: I) todos los actos no identificados y comprendidos bajo la presunción genérica del art. 5°, apart. 2°, CCom.; II) las operaciones de los factores y empleados, en cuanto conciernen al comercio del principal (art. 8, inc. 8°, CCom.). 3) *Actos de comercio unilateral*: Este tipo de actos de comercio es de carácter mixto, esto es, de actos que serían comerciales para uno de los intervinientes y civiles para el otro. Lo que sucede es que el Código de Comercio dispone (art. 7°) que si un acto es comercial para una sola de las partes (o sea, si es unilateralmente comercial), todo él queda sometido, precisamente en razón de la unidad e indivisibilidad del acto, a la disciplina de la ley mercantil. 4) *Acto de comercio ocasional o aislado:* Éste es el caso de

En un tercer grado o etapa de evolución, la realidad actual supera los criterios subjetivo y objetivo para centrar la noción de derecho comercial y, consecuentemente, de acto jurídico comercial, en el concepto de empresa. Así, se sostiene que "derecho comercial es la forma o modo de ejercer determinadas operaciones y no éstas aisladamente consideradas (...) se concluye que el ejercicio de una actividad patrimonial mediante el desempeño de una gestión empresarial, denota por esa sola circunstancia carácter mercantil. El derecho mercantil se ocupa de los actos jurídicos realizados en el desarrollo de la actividad empresarial"(4).

Ascarelli explica: "a derechos diversos para cada clase sustituye un derecho uniforme para todos los sujetos (...) la objetivación reafirma la soberanía del estado frente a los particularismos de diversa índole, y se inspira en el principio de igualdad de los ciudadanos (...) el comercio es una actividad humana necesaria y útil para la colectividad en general, y que para su mejor y adecuado desenvolvimiento, exige reglas especiales". Por lo tanto, entiende el derecho comercial como el derecho de la actividad comercial(5).

Lo que recepta la redacción del Código Civil y Comercial es justamente la evolución reseñada del derecho comercial, centrando la obligación de llevar contabilidad y estados contables en las empresas, ya sea que sean titularidad de personas físicas o jurídicas.

En correlación con lo dicho, la fórmula que utiliza el artículo en comentario establece la obligación de llevar contabilidad y estados contables a toda actividad económica organizada, debiendo interpretarse que ello acontecerá ya de manera independiente a si existe una persona titular o no de la hacienda empresaria (v. gr., quedando entonces alcanzados por la obligación los patrimonios especiales aun cuando carezcan de la personalidad jurídica, en tanto de ellos surja una actividad empresaria —fideicomisos, contratos de colaboración o asociativos en la terminología actual—(6)).

Fuera de los casos obligatorios, "...cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de los libros..." (conf. art. 320, CCyCN).

---

uno de los ejemplos propuestos por Fontanarrosa, donde una persona que no es comerciante, tentada por la ocasión, compra eventualmente un lote de zapatos para especular con su reventa.

(4) GARCÍA MUÑOZ, JOSÉ A., *Derecho económico de los contratos*, Ediciones Librería del Profesional, Universidad de la Sabana, Bogotá, Colombia, 2001, p. 63, citando fallo de la Corte Suprema G.J. 2464, ps. 806/7.

(5) ASCARELLI, TULLIO, *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, Bosch casa editorial, Barcelona, 1964, ps. 73 y 74.

(6) El nuevo ordenamiento contiene en *el Libro Tercero de Derechos Personales, el título IV, Contratos en particular,* cuyo cap. 16 trata los *contratos asociativos*, incluyendo: negocios en participación, uniones transitorias y consorcios de cooperación (arts. 1442 a 1478).

Finalmente, quedan excluidas de la obligación de llevar contabilidad las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma de empresa. El art. 320, CCyCN, aclara que "...se consideran conexas las actividades dirigidas a la transformación o a la enajenación de productos agropecuarios cuando están comprendidas en el ejercicio normal de tales actividades". Obsérvese que el criterio distintivo se centra en que las actividades mencionadas pueden realizarse de manera individual, artesanal y no empresarialmente, es decir, sin crear una organización destinada a realizar una actividad económica.

Debe entenderse que si fuera el caso que la actividad profesional, por ejemplo, es llevada de manera empresarial, no será el criterio distintivo la actividad sino la existencia de empresa, debiendo en consecuencia llevarse contabilidad independientemente de la organización en forma societaria o no. En cambio, el criterio derogado del Código de Comercio establecía que la obligación de llevar contabilidad correspondía al comerciante y, por lo tanto, quienes realizaban actividades no encuadrables como acto de comercio (por ejemplo, el ejercicio de profesiones liberales, el trabajo de la tierra, entre otros) no tenían la obligación, a menos que constituyeran una sociedad.

En último lugar, aplicando un criterio práctico, se establece: "...También pueden ser eximidas de llevar contabilidad las actividades que, por el volumen de su giro, resulta inconveniente sujetar a tales deberes según determine cada jurisdicción local..." (conf. art. 320, CCyCN).

2. Modo de llevar la contabilidad (art. 321). Cualidades intrínsecas. Resoluciones técnicas

2.1. Principios receptados

El art. 321, CCyCN establece: "...la contabilidad debe ser llevada sobre una base uniforme de la que resulte un cuadro verídico de las actividades y de los actos que deben registrarse, de modo que se permita la individualización de las operaciones y las correspondientes cuentas acreedoras y deudoras. Los asientos deben respaldarse con la documentación respectiva, todo lo cual debe archivarse en forma metódica y que permita su localización y consulta".

La importancia de la contabilidad respaldada en documentos, volcada en los libros obligatorios ya mencionados, es de la mayor importancia para la sociedad desde que se constituye en un medio de prueba de vital importancia durante toda la vida social, y más aún en momentos de crisis o necesidad de validación judicial.

Manteniendo en lo sustancial la redacción del Código de Comercio, el Código Civil y Comercial hace hincapié en los principios que deben ser ob-

servados por una adecuada contabilidad, a saber: uniformidad, veracidad, y claridad.

En primer lugar, se entiende que estos son principios generalmente aceptados, implicando ello que se trata de normas, que al ser seguidas fielmente permiten obtener una información precisa de la realidad de la empresa.

El principio de uniformidad se refiere a que una vez que se adoptan determinados criterios contables, éstos deberán mantenerse siempre que no se modifiquen las circunstancias que propiciaron dicha elección, de forma tal de permitir comparar los distintos ejercicios de una contabilidad. En el supuesto de variarse, deberá indicarse en la memoria del ejercicio las razones que motivaron el cambio y las consecuencias que ello puede tener. Respecto de la utilización de este principio las resoluciones técnicas emanadas de los Consejos profesionales resultan de singular importancia, desde que establecen los criterios para valuar activos y pasivos que son luego seguidos por los profesionales. A su vez, la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas dicta resoluciones técnicas que pueden luego ser adoptadas por los Consejos provinciales.

El principio de veracidad, como se dijo, no exige absoluta verdad, lo cual no resultaría razonablemente cumplible desde que muchos aspectos dependen de valoraciones, que pueden ser más o menos exactas.

El artículo en comentario también recepta el principio de claridad al exigir que las registraciones que se efectúen permitan "...la individualización de las operaciones y las correspondientes cuentas acreedoras y deudoras...".

Asimismo, hace hincapié en el hecho que para que una contabilidad sea llevada adecuadamente debe contener respaldo documental de cada asiento que se realice. En efecto, en pacífica jurisprudencia ha dicho la SCBA: "Dentro de los presupuestos que debe satisfacer la contabilidad para que se la considere regularmente llevada es menester el respaldo documental de los asientos, pero sin que éste presente la exigencia de que dicha documentación esté reconocida ni su autenticidad probada para avalarlos..."(7). No significa esto que los respaldos documentales de los registros contables deban ser acompañados a juicio en caso de dudarse de su autenticidad como prueba documental, sino que, como aclara ahora el texto legal, deben archivarse de forma tal de poder localizarlos en caso de ser necesario; por ejemplo, en caso de una pericia contable o de un pedido de información.

No se cumpliría con el principio en el supuesto de, ante un pedido de exhibición de documentación, suministrar de manera no sistemática el ac-

---

(7) SCBA, 21/9/1984, "Compañía Argentina de Cemento Portland SA v. Onorato, Juan y otro s/cobro de pesos", ac. 33589 S, JA, 1985-III-536; DJBA 1985-128-162; AyS 1984-II-27, elDial - W2896.

ceso a una habitación llena de documentación donde no pueda localizarse con simplicidad el respaldo documental respectivo.

2.2. Deber, obligación o carga

La redacción del artículo derogado del Código de Comercio establecía la “obligación” de llevar contabilidad; y el 321, CCyCN, dispone el “deber” de hacerlo según los principios reseñados, sin duda, pretendiendo dejar en claro que no se está frente a la carga de llevar un adecuado sistema de contabilidad, sino que no puede dejar de hacerse.

Es que la diferencia no es intrascendente, desde que la carga se establece únicamente en beneficio de aquel a quien se le impone, en cambio, el deber protege derechos o intereses de otros sujetos, aun cuando no llega a ser una obligación, desde que no es exigible como una prestación debida.

En general, se sostiene que estamos frente a un deber legal, lo cual está receptado expresamente en el texto del art. 321. Sin embargo, prestigiosa doctrina ha entendido que esta conclusión no es acertada, desde que al no preverse sanciones expresas el nuevo Código continúa refiriéndose a llevar contabilidad como una carga: “En la concepción clásica del código de comercio, la contabilidad aparece como una mera ‘carga’ del comerciante, no exigible por terceros y cuya desatención sólo le genera la pérdida de ciertas posibilidades en materia de prueba en juicio. El Proyecto de Código mantiene esa concepción al no establecer sanción concreta alguna por la falta de un sistema contable legal sino la consecuencia en materia de prueba en juicio (art. 330), manteniendo la prohibición de investigaciones (art. 331)” (8).

A modo de síntesis del tema, más allá de la discusión doctrinaria, la mención legal es clara estableciendo un deber jurídico, que se proyecta en consonancia con otras normas del sistema jurídico argentino. En efecto, la ley de sociedades permite al socio acceder a la información contable que le permita entender el desarrollo de los negocios (art. 55, LGS), o acceder en oportunidad de prepararse la asamblea que tratará los estados contables (art. 67, LGS); la ley de concursos y quiebras (ley 24.522) establece este deber en oportunidad de peticionarse la apertura de un concurso preventivo (conf. al art. 11, incs. 3°, 4°, 5° y concs., LCQ) en beneficio de la masa de acreedores que tienen derecho de saber; diversa normativa fiscal emanada de leyes nacionales, provinciales y de organismos recaudadores también lo exigen en beneficio de los intereses colectivos que representa el Fisco, entre otros.

---

(8) Favier Dubois, Eduardo M. (p) - Favier Dubois, Eduardo M. (f), “Avances, retrocesos y oportunidades perdidas en el proyecto de Código Civil en materia de sistema de registros contables”, publicado en Errepar DSE, nro. 321, t. XXVI, agosto de 2014.

2.3. Resoluciones técnicas

Los Consejos Profesionales de Ciencias Económicas y la Federación de Consejos Profesionales, dentro del ámbito de su incumbencia se encuentran facultados a dictar normas de ejercicio profesional de aplicación general, coordinando de tal forma la acción de las entidades de las diversas jurisdicciones.

Por ello, y considerando que es indispensable lograr una adecuada uniformidad en las normas contables para hacer más comprensible la información, incrementar la confianza que la comunidad deposita sobre ésta y servir de eficiente medio para facilitar e incentivar el desarrollo de la profesión, dictan las denominadas resoluciones técnicas donde se unifican criterios que resultan de aplicación al ejercicio profesional.

3. LIBROS: DIARIO, INVENTARIO Y BALANCES. OTROS SISTEMAS PREVISTOS

3.1. Sistemas previstos. Obligación de llevar libros

El sistema tradicional de llevar la contabilidad es a través de los denominados libros sociales obligatorios. En este sentido, el art. 322, CCyCN, establece que son registros indispensables: el libro Diario; el libro Inventario y Balances; aquellos que corresponden a una adecuada integración de un sistema de contabilidad y que exige la importancia y la naturaleza de las actividades a desarrollar, y los que en forma especial impone el propio Código o leyes especiales.

Este sistema se mantiene vigente, sin perjuicio de lo cual, tanto la LGS en el art. 61 como el CCyCN en el art. 329 flexibilizan el sistema, autorizando que los libros, excepto el Inventario y Balances, puedan sustituirse por "ordenadores, medios mecánicos o magnéticos u otros" (art. 61, LGS).

El art. 329, CCyCN, profundiza en el nuevo sistema permitiendo que quien deba llevar contabilidad, previa autorización del Registro Público de su domicilio, pueda "a) sustituir uno o más libros, excepto el de Inventarios y Balances, o alguna de sus formalidades, por la utilización de ordenadores u otros medios mecánicos, magnéticos o electrónicos que permitan la individualización de las operaciones y de las correspondientes cuentas deudoras y acreedoras y su posterior verificación; b) conservar la documentación en microfilm, discos ópticos u otros medios aptos para ese fin...".

Respecto del procedimiento, el mismo artículo establece que debe formularse una petición ante el Registro Público conteniendo una adecuada descripción del sistema, con dictamen técnico de contador público e indicación de los antecedentes de su utilización. Una vez aprobado, el pedido de autorización y la respectiva resolución del organismo de contralor deben transcribirse en el libro de Inventarios y Balances. Sólo en relación a las so-

ciedades, el art. 61, LGS, expresa que si no es rechazado u observado este pedido dentro de los treinta días de presentado, se considera automáticamente aprobado.

Finalmente, se aclara que la autorización sólo se debe otorgar "...si los medios alternativos son equivalentes, en cuanto a inviolabilidad, verosimilitud y completitud, a los sistemas cuyo reemplazo se solicita" (conf. art. 329, CCyCN).

Es que claramente, más allá de la trayectoria que tiene para nuestro derecho la utilización de libros sociales, "la utilización de medios de registración fue evolucionando a lo largo del tiempo, en necesaria adaptación a las necesidades de los comerciantes. Desde la tinta y la pluma, pasando por medios semimecánicos y mecánicos, se ha llegado a la introducción de sistemas computarizados en el área de la contabilización"(9).

En este sentido, fue la intención del legislador establecer una necesaria modernización del texto del derogado Código de Comercio, aun cuando optaron por hacerlo de forma tal que no sean alterados los artículos y principios que surgían de la redacción derogada en tanto no fuera esto necesario.

Por ello, es que toda mención de incorporación de medios técnicos fue realizada en un solo artículo —329—, y que en los Fundamentos del Anteproyecto se dijera al respecto: "...d) Se prevé la posibilidad, previa autorización, del llevado de libros, registros y del archivo de la documentación de respaldo por medios alternativos hoy existentes (electrónicos, magnéticos, ópticos, etc.) u otros que puedan crearse en el futuro. Se exceptúa de tal posibilidad al de libro de Inventarios y Balances, donde deben quedar registradas las características de los medios alternativos solicitados, así como las autorizaciones que se confieran, debiendo los referidos medios garantizar la inalterabilidad, inviolabilidad, verosimilitud y completitud de los registros".

No cabe duda de que los sistemas de contabilidad pueden requerir tanto de métodos mecánicos, soportes electrónicos o computarizados o libros, a la antigua usanza, y no sería razonable en este estado de evolución pretender que sólo puede llevarse mediante asientos en libros. Por el contrario, reviste la mayor importancia la seguridad de un sistema contable para procurar la inalterabilidad de la información que allí se vuelca, y todos los recursos disponibles deben ser bienvenidos para tal finalidad.

3.2. Formalidades extrínsecas a observar respecto de los libros sociales

El art. 323, CCyCN, dispone que los libros debidamente encuadernados deben presentarse para su individualización en el Registro Público corres-

(9) Curá, José María - Bello Knoll, Susy, "Las registraciones contables y su valor probatorio", LA LEY, 1990-E, 286.

pondiente: "...Tal individualización consiste en anotar, en el primer folio, nota fechada y firmada de su destino, del número de ejemplar, del nombre de su titular y del número de folios que contiene...".

Ya en 1948 sostenía Antonio Brunetti refiriéndose al derecho italiano: "...El libro diario y el libro inventarios, antes de ser usados, han de ser numerados progresivamente en todas sus páginas y selladas todas sus hojas por el registro de las empresas (actualmente, por la Secretaría del Tribunal) o por un notario, de acuerdo con las disposiciones de las leyes especiales. La oficina que procede a la numeración o el notario, han de declarar, en la última página del libro el número de hojas que lo componen..." (10) .

Respecto del contenido del artículo, como lo sostiene Rouillon: "...El propósito del legislador es claro. Ya sea por la significación que tiene en relación a la información de la actividad que desarrolla el comerciante, ya sea por su valor probatorio, el legislador ha querido evitar el falseamiento de los libros (...) La doctrina distingue entre formalidades extrínsecas que hacen al aspecto exterior de los libros, y formalidades intrínsecas, que hacen a su contenido. Este artículo trata de las llamadas formalidades extrínsecas..." (11).

3.3. Formalidades intrínsecas

Las regulan los arts. 324 y 325 del CCyCN. El art. 324 es el que dispone al respecto, estableciendo que está prohibido: "...a) alterar el orden en que los asientos deben ser hechos; b) dejar blancos que puedan utilizarse para intercalaciones o adiciones entre los asientos; c) interlinear, raspar, enmendar o tachar. Todas las equivocaciones y omisiones deben salvarse mediante un nuevo asiento hecho en la fecha en que se advierta la omisión o el error; d) mutilar parte alguna del libro, arrancar hojas o alterar la encuadernación o foliatura; e) cualquier otra circunstancia que afecte la inalterabilidad de las registraciones".

Decía Brunetti: "...Todos estos libros han de ser llevados según las normas de una ordenada contabilidad, sin espacios en blanco, sin interlineados y sin salidas de margen. No se pueden hacer raspados y si es preciso alguna tachadura, ha de hacerse que las palabras tachadas sean fácilmente legibles" (12).

Lo que se pretende es que los libros contables sean llevados de forma tal de cumplir con las exigencias de brindar una información veraz, clara y completa.

---

(10) BRUNETTI, ANTONIO, ob. cit., t. II, p. 567. [CITAR EN EXTENSO-NO HAY CITA ANTERIOR]

(11) ROUILLON, ADOLFO A. N. (dir.), *Código de Comercio comentado*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2005, ps. 90/91.

(12) BRUNETTI, ANTONIO, ob. cit., p. 568.

A diferencia de lo que explica Brunetti para el derecho italiano, en la Argentina, los libros de contabilidad no pueden ser tachados, ni aun cuando pueda verse el texto suprimido. En efecto, sostiene expresamente el artículo la necesidad en tales casos de realizar un contraasiento, al decir: "...Todas las equivocaciones y omisiones deben salvarse mediante un nuevo asiento hecho en la fecha en que se advierta la omisión o el error...".

El inc. e), incorporado por el CCyCN, esclareciendo el sentido de la norma, y determinando el alcance de las prohibiciones, no permite: "...cualquier otra circunstancia que afecte la inalterabilidad de las registraciones". Se trata de un agregado que no por obvio es innecesario. En realidad, todas las prohibiciones anteriores no tienen un sentido en sí mismas, sino que cuando se prohíbe alterar el orden de los registros, dejar blancos, interlinear, raspar, enmendar o tachar, mutilar, arrancar hojas o alterar la encuadernación o foliatura, se hace con el propósito de evitar cualquier alteración en las registraciones efectuadas.

El art. 325, CCyCN, por su parte, establece: "...los libros y registros contables deben ser llevados en forma cronológica, actualizada, sin alteración alguna que no haya sido debidamente salvada. También deben llevarse en idioma y moneda nacional. Deben permitir determinar al cierre de cada ejercicio económico anual la situación patrimonial, su evolución y sus resultados. Los libros y registros del artículo 322 deben permanecer en el domicilio de su titular".

3.4. Libro Diario y subdiarios

Las sociedades, además de llevar el libro Diario como registro indispensable (arg. art. 322, CCyCN) donde asientan las operaciones relativas a la actividad de la persona jurídica que tienen incidencia sobre su patrimonio (conf. art. 327, CCyCN), normalmente complementan el Diario principal con libros diarios parciales o subdiarios. En este sentido, "...los sistemas de contabilidad han logrado ajustarse a las normas legales ordenando por separado los actos homogéneos que se registran en los subdiarios, como por ejemplo: subdiario de caja, subdiario de compras, subdiario de ventas, etc., que luego por resúmenes generalmente mensuales vuelcan al Diario general..." (13).

Las mismas formalidades que el libro Diario deben ser llevadas en los subdiarios. En realidad, el orden diario cronológico será utilizado en los asientos que se practiquen en los subdiarios, y el Diario quedará reservado a un orden cronológico mensual.

---

(13) Zaldívar, Enrique - Manóvil, Rafael M. – Ragazzi, Guillermo E. - Rovira, Alfredo L., *Cuadernos de Derecho Societario*, vol. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 328.

Las empresas suelen utilizar también el libro Mayor (mayor general o centralizado) para una correcta integración de su sistema de contabilidad, donde se vuelcan las anotaciones en forma global, conforme a un plan de cuentas estructurado con anterioridad, y este instrumento sirve a la contabilidad para la confección de los estados contables.

3.5. Libro Inventarios y Balances

El libro es uno de los registros obligatorios conforme a la nómina del art. 322, CCyCN, que no puede ser sustituido por medios mecanizados. Sin embargo, la ley no contiene actualmente una descripción de lo que debe ser volcado en el mismo.

Siguiendo la normativa derogada del art. 49 del Código de Comercio y la práctica habitual, debe sostenerse que "...En los inventarios y balances generales de las sociedades, bastará que se expresen las pertenencias y obligaciones comunes de la masa social, sin extenderse a las peculiares de cada socio...". Es decir, el inventario deberá contener la transcripción del patrimonio inicial, así como, anualmente, la descripción de los bienes de la sociedad, su detalle y valuación y los pasivos. El libro se completará con la transcripción del estado de situación patrimonial y estado de resultados de la sociedad.

Brunetti, sostenía: "...en cuanto al inventario ha de redactarse al iniciar el ejercicio de la empresa y sucesivamente cada año y ha de contener la indicación y valoración de los elementos del activo y del pasivo de la empresa. El inventario se cierra con el balance y la cuenta de ganancias y pérdidas, de la que han de resultar, de manera evidente y verdadera, los beneficios conseguidos y las pérdidas sufridas..." (14).

4. Estados contables

4.1. Concepto y régimen legal

Los estados contables son "...resúmenes de datos extraídos de elementos contables de un ente, compilados, ordenados y elaborados sistemáticamente, expresados en términos monetarios, con la finalidad de brindar información..." (15).

En materia de sociedades, debe contemplarse, por un lado, el art. 326, CCyCN, que establece la obligación, de todo aquel que lleva contabilidad, de elaborar estados contables al cierre de cada ejercicio, y agregando que los estados contables mínimos que deben ser llevados son: estado de situación

(14) Brunetti, Antonio, ob. cit., p. 567.
(15) Conf. Zaldívar y otros, ob. cit., p. 340.

patrimonial y estado de resultados, que deben asentarse en el libro Inventarios y Balances. A su vez, los arts. 62 a 65, LGS, regulan con precisión el contenido que debe tener cada estado contable[16].

---

(16) "*Aplicación*. Art. 62. — Las sociedades deberán hacer constar en sus balances de ejercicio la fecha en que se cumple el plazo de duración. En la medida aplicable según el tipo, darán cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 67, primer párrafo.

"Las sociedades de responsabilidad limitada cuyo capital alcance el importe fijado por el artículo 299, inciso 2) y las sociedades por acciones deberán presentar los estados contables anuales regulados por los artículos 63 a 65 y cumplir el artículo 66.

"Sin perjuicio de ello, las sociedades controlantes de acuerdo al artículo 33, inciso 1), deberán presentar como información complementaria, estados contables anuales consolidados, confeccionados, con arreglo a los principios de contabilidad generalmente aceptados y a las normas que establezca la autoridad de contralor.

"*Principio general*. Cuando los montos involucrados sean de significancia relativa, a los efectos de una apropiada interpretación, serán incluidos en rubros de conceptos diversos. Con el mismo criterio de existiesen partidas no enunciadas específicamente, pero de significación relativa, deberán mostrarse por separado.

"La Comisión Nacional de Valores, otras autoridades de contralor y las bolsas, podrán exigir a las sociedades incluidas en el artículo 299, la presentación de un estado de origen y aplicación de fondos por el ejercicio terminado, y otros documentos de análisis de los estados contables. Entiéndese por fondos el activo corriente, menos el pasivo corriente.

"*Ajuste*. Los estados contables correspondientes a ejercicios completos o períodos intermedios dentro de un mismo ejercicio, deberán confeccionarse en moneda constante".

"*Notas complementarias*. Art. 65. — Para el caso que la correspondiente información no estuviera contenida en los estados contables de los artículos 63 y 64 o en sus notas, deberán acompañarse notas y cuadros, que se considerarán parte de aquéllos. La siguiente enumeración es enunciativa.

"1) Notas referentes a: a) Bienes de disponibilidad restringida explicándose brevemente la restricción existente;

"b) Activos gravados con hipoteca, prenda u otro derecho real, con referencia a las obligaciones que garantizan;

"c) Criterio utilizado en la evaluación de los bienes de cambio, con indicación del método de determinación del costo u otro valor aplicado;

"d) Procedimientos adoptados en el caso de revaluación o devaluación de activos debiéndose indicar además, en caso de existir, el efecto consiguiente sobre los resultados del ejercicio;

"e) Cambios en los procedimientos contables o de confección de los estados contables aplicados con respecto al ejercicio anterior, explicándose la modificación y su efecto sobre los resultados del ejercicio; "f) Acontecimientos u operaciones ocurridos entre la fecha del cierre del ejercicio de la memoria de los administradores, que pudieran modificar significativamente la situación financiera de la sociedad a la fecha del balance general y los resultados del ejercicio cerrado en esa fecha, con indicación del efecto que han tenido sobre la situación y resultados mencionados;

"g) Resultado de operaciones con sociedades controlantes, controladas o vinculadas, separadamente por sociedad;

"h) Restricciones contractuales para la distribución de ganancias;

"i) Monto de avales y garantías a favor de terceros, documentos descontados y otras contingencias, acompañadas de una breve explicación cuando ello sea necesario;

"j) Contratos celebrados con los directores que requieren aprobación, conforme al artículo 271, y sus montos;

En efecto, completando la escueta mención del art. 326, CCyCN, el legislador ha decidido dejar incólumes los arts. 62 a 65 de la ley 19.550, que contienen una mención completa y precisa de los estados contables y su contenido. Por lo tanto, el intérprete, cuando necesite analizar la normativa de leyes nacionales relativa a estados contables, deberá leer este artículo del Código Civil y Comercial y completarlo con los pertinentes de la ley general de sociedades.

Claro que esta deficiencia metodológica podría generar inseguridad respecto de si el contenido de los estados contables para empresas que no tengan organización societaria debe ser el mismo que indican los artículos de la ley 19.550, o pueden tener una forma simplificada o distinta. Asimismo, en relación a las sociedades comerciales, si en los aspectos no coincidentes permanecen vigentes las normas específicas o, por el contrario, la nueva normativa general deberá imponerse en aquellos aspectos que contemple.

"k) El monto no integrado del capital social, distinguiendo en su caso, los correspondientes a las acciones ordinarias y de otras clases y los supuestos del artículo 220;

"2) *Cuadros anexos*:

"a) De bienes de uso, detallando para cada cuenta principal los saldos al comienzo, los aumentos y las disminuciones, y los saldos al cierre del ejercicio. Igual tratamiento corresponderá a las amortizaciones y depreciaciones, indicándose las diversas alícuotas utilizadas para cada clase de bienes. Se informará por nota al pie del anexo el destino contable de los aumentos y disminuciones de las amortizaciones y depreciaciones registradas;

"b) De bienes inmateriales y sus correspondientes amortizaciones con similar contenido al requerido en el inciso anterior;

"c) De inversiones en títulos valores y participaciones en otras sociedades, detallando: denominación de la sociedad emisora o en la que se participa y características del título valor o participación, sus valores nominales, de costo de libros y de cotización, actividad principal y capital de la sociedad emisora o en la que participa. Cuando el aporte o participación fuere del cincuenta por ciento (50 %) o más del capital de la sociedad o de la que se participa, se deberán acompañar los estados contables de ésta que se exigen en este Título. Si el aporte o participación fuere mayor del cinco por ciento (5 %) y menor del cincuenta (50 %) citado, se informará sobre el resultado del ejercicio y el patrimonio neto según el último balance general de la sociedad en que se invierte o participa. Si se tratara de otras inversiones, se detallará su contenido y características, indicándose, según corresponda, valores nominales de costo, de libros, de cotización y de valuación fiscal;

"d) De previsiones y reservas, detallándose para cada una de ellas saldo al comienzo, los aumentos y disminuciones y el saldo al cierre del ejercicio. Se informará por nota al pie el destino contable de los aumentos y las disminuciones, y la razón de estas últimas;

"e) El costo de las mercaderías o productos vendidos, detallando las existencias de bienes de cambio al comienzo del ejercicio, analizado por grandes rubros y la existencia de bienes de cambio al cierre. Si se tratara de servicios vendidos, se aportarán datos similares, a los requeridos para la alternativa anterior que permitan informar sobre el costo de prestación de dichos servicios;

"f) El activo y pasivo en moneda extranjera detallando: las cuentas del balance, el monto y la clase de moneda extranjera, el cambio vigente o el contratado a la fecha de cierre, el monto resultante en moneda argentina, el importe contabilizado y la diferencia si existiera, con indicación del respectivo tratamiento contable".

Además de estas cuestiones metodológicas generales, existe una clara incongruencia (que ya existía con el texto del Código de Comercio y que ahora no fue corregida) que al no compatibilizarse las normas de la Ley de Sociedades Comerciales con las del Código no fue tampoco atendida. La expresan con meridiana claridad José María Curá y Susy Bello Knoll en los siguientes términos: "...Los estados contables deberán confeccionarse en moneda constante (art. 62, ley de sociedades) pero deberán encontrar su correlato en los asientos del Diario, que en la mayoría de los casos, es llevado en moneda histórica. Será entonces imprescindible transcribir el enlace entre ambas contabilidades para que los libros requeridos respondan a la normativa vigente. Se aprecia conveniente la agregación del plan de cuentas en el caso de utilización de códigos en la registración, si no se lleva un libro especial al efecto..." (17).

Respecto de la confección, los estados contables son proyectados por el órgano de administración, y posteriormente son sometidos al tratamiento de la asamblea ordinaria de la sociedad (arg. arts. 234, inc. 1°, y 243, LGS), que tiene la potestad de aprobarlos, desaprobarlos o indicar modificaciones. La aprobación del balance no importa la aprobación de la gestión de los administradores (art. 72, LGS).

Los estados contables contemplados en la Ley de Sociedades Comerciales son los siguientes:

4.1.1. Balance o estado de situación patrimonial

El art. 63 (18), LSC, establece el contenido mínimo que debe volcarse en el balance. Es necesario observar, que en cuanto a su estructura general, el

---

(17) Curá, José María - Bello Knoll, Susy, "Las registraciones contables y su valor probatorio", LA LEY, 1990-E, 286.

(18) "*Balance*. Art. 63. — En el balance general deberá suministrarse la información que a continuación se requiere:

"1) *En el activo*:

"a) El dinero en efectivo en caja y Bancos, otros valores caracterizados por similares principios de liquidez, certeza y efectividad, y la moneda extranjera;

"b) Los créditos provenientes de las actividades sociales. Por separado se indicarán los créditos con sociedades controlantes, controladas o vinculadas, los que sean litigiosos y cualquier otro crédito. Cuando corresponda se deducirán las previsiones por créditos de dudoso cobro y por descuentos y bonificaciones;

"c) Los bienes de cambio, agrupados de acuerdo con las actividades de la sociedad, se indicarán separadamente las existencias de materias primas, productos en proceso de elaboración y terminados, mercaderías de reventa y los rubros requeridos por la naturaleza de la actividad social;

"d) Las inversiones en título de la deuda pública, en acciones y en debentures, con distinción de los que sean cotizados en bolsa, las efectuadas en sociedades controlantes, controladas o vinculadas, otras participaciones y cualquier otra inversión ajena a la explotación de la sociedad. Cuando corresponda se deducirá la previsión para quebrantos o desvalorizaciones;

balance exhibe tres rubros esenciales: activo (el conjunto de bienes, valores y derechos de los cuales es titular la sociedad), pasivo (el conjunto de deudas y obligaciones que tiene la sociedad hacia terceras personas) y patrimonio neto (en el patrimonio neto se refleja, contablemente, para decirlo con claridad, aquello que queda para la sociedad una vez que se compensaron los pasivos con el activo —activo menos pasivo es igual a patrimonio neto—. Representa los derechos económicos de los socios sobre el activo social. Es decir, son cuentas de patrimonio neto: el capital, las reservas (legales, estatutarias o facultativas —conf. art. 70, LSC)—, las utilidades de ejercicios anteriores no distribuidas, los aportes a cuenta de futuros aumentos de capital y las primas de emisión (art. 202, LSC). Asimismo, la ecuación fundamental en que se sustenta indica que el total de las registraciones del activo son iguales en cuanto al monto al pasivo más el patrimonio neto.

"e) Los bienes de uso, con indicación de sus amortizaciones acumuladas;

"f) Los bienes inmateriales, por su costo con indicación de sus amortizaciones acumuladas;

"g) Los gastos y cargas que se devenguen en futuros ejercicios o se afecten a éstos, deduciendo en este último caso las amortizaciones acumuladas que correspondan;

"h) Todo otro rubro que por su naturaleza corresponda ser incluido como activo.

"2) *En el pasivo*:

"I. a) Las deudas indicándose separadamente las comerciales, las bancarias, las financieras, las existentes con sociedades controlantes, controladas o vinculadas, los debentures omitidos por la sociedad; por la sociedad, los dividendos a pagar y las deudas a organismos de previsión social y de recaudación fiscal. Asimismo se mostrarán otros pasivos devengados que corresponda calcular;

"b) Las previsiones por eventualidades que se consideren susceptibles de concretarse en obligaciones de la sociedad;

"c) Todo otro rubro que por su naturaleza represente un pasivo hacia terceros;

"d) Las rentas percibidas por adelantado y los ingresos cuya realización corresponda a futuros ejercicios; "II a) El capital social, con distinción en su caso, de las acciones ordinarias y de otras clases y los supuestos del artículo 220;

"b) Las reservas legales contractuales o estatutarias, voluntarias y las provenientes de revaluaciones y de primas de emisión;

"c) Las utilidades de ejercicios anteriores y en su caso, para deducir, las pérdidas;

"d) Todo otro rubro que por su naturaleza corresponda ser incluido en las cuentas de capital pasivas y resultados;

"3) Los bienes en depósito, los avales y garantías, documentos descontados y toda otra cuenta de orden; "4) *De la presentación en general*:

"a) La información deberá agruparse de modo que sea posible distinguir y totalizar el activo corriente del activo no corriente, y el pasivo corriente del pasivo no corriente. Se entiende por corriente todo activo o pasivo cuyo vencimiento o realización, se producirá dentro de los doce (12) meses a partir de la fecha del balance general, salvo que las circunstancias aconsejen otra base para tal distinción;

"b) Los derechos y obligaciones deberán mostrarse indicándose si son documentados, con garantía real u otras;

"c) El activo y el pasivo en moneda extranjera, deberán mostrarse por separado en los rubros que correspondan;

"d) No podrán compensarse las distintas partidas entre sí".

Los rubros se agrupan, a los fines de su exposición, de mayor a menor liquidez, y a su vez, la información que se incorpora tanto al activo como al pasivo deberá agruparse en activo/pasivo corriente y activo/pasivo no corriente, según que el vencimiento o realización se produzca dentro de los doce meses a partir de la fecha del balance general. La resolución técnica 8 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, complementando la Ley General de Sociedades establece: "Los activos se clasifican en corrientes si se espera que se convertirán en dinero o equivalente en el plazo de un año, computado desde la fecha de cierre del período al que se refieren los estados contables, o si ya lo son a esta fecha"; disposición similar rige para los pasivos.

Roullion expresa: "...el balance es el estado de contabilidad que resume, en un momento dado, los saldos de las diferentes cuentas de la empresa, determinados con el auxilio del inventario" (19).

El balance presenta una descripción de la situación patrimonial de la empresa a la fecha de su confección. Si bien es un dato estático al momento de su confección, el balance de ejercicio se expone comparadamente con el balance anterior.

4.1.2. Estado de resultados

El Código de Comercio en su redacción derogada hacía referencia a un cuadro demostrativo de las ganancias y las pérdidas como una de las obligaciones de los comerciantes al cierre de cada ejercicio (art. 52). Explica Brunetti: "...la cuenta ganancias y pérdidas es un complemento del balance (...) y está formada por dos elementos contrapuestos: el debe, para los gastos y pérdidas; y el haber, para los beneficios (...) se trata de una cuenta de síntesis anual, que sólo ocurre al fin del ejercicio..." (20).

En la Ley General Sociedades, a partir de la modificación de la ley 22.903 se reguló de manera detallada en el punto I del art. 64 bajo el nombre Estado de Resultados, disponiendo que la *cuenta de ganancias y pérdidas* del ejercicio deberá exponer: "I. a) El producido de las ventas o servicios, agrupado por tipo de actividad. De cada total se deducirá el costo de las mercaderías o productos vendidos o servicios prestados, con el fin de determinar el resultado; b) Los gastos ordinarios de administración, de comercialización, de financiación y otro que corresponda cargar al ejercicio, debiendo hacerse constar, especialmente los montos de: 1) Retribuciones de administradores, directores y síndicos; 2) Otros honorarios y retribuciones por servicios; 3) Sueldos y jornales y las contribuciones sociales respectivas; 4) Gastos de estudios e investigaciones; 5) Regalías y honorarios por servicios técnicos y otros conceptos similares; 6) Los gastos por publicidad y propaganda; 7) Los

(19) Rouillon, ob. cit., t. II, p. 48, con cita a Alfredo de Gregorio.
(20) Brunetti, Antonio, ob. cit., ps. 585/6.

impuestos, tasas y contribuciones, mostrándose por separado los intereses, multas y recargos; 8) Los intereses pagados o devengados indicándose por separado los provenientes por deudas con proveedores, bancos o instituciones financieras, sociedades controladas, controlantes o vinculadas y otros; 9) Las amortizaciones y previsiones. c) Las ganancias y gastos extraordinarios del ejercicio; d) Los ajustes por ganancias y gastos de ejercicios anteriores".

El mismo art. 64, LGS, expresa luego de un punto y aparte el sentido de este estado contable al señalar: "El estado de resultados deberá presentarse de modo que muestre por separado la ganancia o pérdida proveniente de las operaciones ordinarias y extraordinarias de la sociedad, determinándose la ganancia o pérdida neta del ejercicio a la que se adicionará o deducirá las derivadas de ejercicios anteriores".

Con mucho mayor detalle, este estado contable brinda elementos necesarios para evaluar respecto de la posibilidad y *quantum* de la distribución de dividendos (arg. art. 71, LGS), y conforme lo ha destacado la doctrina(21), es un estado esencial para determinar la gestión de los administradores sociales. Por otra parte, es el instrumento idóneo para analizar no sólo el resultado del ejercicio, sino el resultando de ganancia o pérdida a través de los diferentes ejercicios atravesados por la sociedad.

4.1.3. Estado de evolución del patrimonio neto

El art. 64, LGS, continúa diciendo: "...II. El estado de resultados deberá complementarse con el estado de evolución del patrimonio neto. En él se incluirán las causas de los cambios producidos durante el ejercicio en cada uno de los rubros integrantes del patrimonio neto".

Si bien es uno de los estados contables básicos, de acuerdo con la normativa en análisis, no sería un estado contable obligatorio, como sí lo son el balance y el estado de resultados.

Este estado de evolución del patrimonio neto demuestra las variaciones de las distintas partidas del patrimonio, y de esta forma proporciona una importante información para directores y accionistas, para evaluar, por ejemplo, un aumento de capital, una reducción o distintas medidas a adoptar a partir de las conclusiones que se deriven del mismo.

Siguiendo a Esparza - Taliercio(22): De acuerdo con lo que dispone la resolución técnica 8 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, este estado "informa la composición del patrimonio

---

(21) Fargosi, Horacio P., "El estado de resultados en la Ley de Sociedades Comerciales", en *Estudios de derecho societario*, Ábaco, Buenos Aires, 1978, p. 124; Molina Sandoval, Carlos A., *Régimen societario. Parte general*, t. II, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 1099, entre otros.

(22) Esparza, Gustavo – Taliercio, Christian, *Acción de nulidad de balance*, Legis, Buenos Aires, 2013, p. 59.

neto y las causas de los cambios acaecidos durante los períodos presentados en los rubros que lo integran". Y se estructura de la siguiente manera: "Las partidas integrantes del patrimonio neto deben clasificarse y resumirse de acuerdo con su origen: aportes de los propietarios (o asociados) y resultados acumulados".

En cada uno de los rubros se debe indicar el saldo inicial del período, las variaciones sufridas durante el ejercicio y el saldo final que arrojó. Detallando en particular, los rubros que componen este estado pueden clasificarse en este orden (como lo propone la resolución técnica 9, modificada por la 19: 1) *aportes de los propietarios*: 1. Capital, rubro compuesto por el capital suscripto y los aportes irrevocables efectuados por los propietarios (capitalizados o no, en efectivo o en bienes o derechos) y por las ganancias capitalizadas. 2. Prima de emisión. 2) *resultados acumulados*: 1. Ganancias reservadas. Son aquellas ganancias retenidas en el ente por explícita voluntad social o por disposiciones legales, estatutarias u otras. La composición de este rubro debe informarse adecuadamente. 2. Resultados no asignados. Son aquellas ganancias o pérdidas acumuladas sin asignación específica. 3. Resultados diferidos. Son aquellos resultados que, de acuerdo con lo establecido por las normas contables profesionales, se imputan directamente a rubros específicos del patrimonio neto, manteniéndose en dichos rubros hasta que por la aplicación de las citadas normas deban imputarse al estado de resultados.

4.1.4. Estado de flujo de efectivo (o estado de origen y aplicación de fondos)

Si bien no es obligatorio para las sociedades realizar un estado de flujo de efectivo, quien lleva contabilidad puede realizarlo para obtener los importantes datos que surgen del mismo. De hacerlo, deberá respetar las normas legales exigibles, tendrá que ser tratado por la asamblea ordinaria en caso de ser una sociedad y podrá cuestionarse legalmente en caso de presentar algún defecto o vicio.

Molina Sandoval, refiriéndose a éste sostiene: "En términos generales, se ha dicho que el estado aquí analizado expone la evolución experimentada por la situación financiera de corto plazo de la sociedad, indicando las causas de sus variaciones; tiene como función posibilitar a los interesados el conocimiento de la evolución de los activos y pasivos corrientes de la sociedad, lo que permite analizar la posibilidad de dificultades de la sociedad, así como su capacidad para generar recursos líquidos"[23].

Si bien es un estado contable auxiliar, sus datos permiten saber de dónde surgieron los recursos con los que contó la empresa, y en qué fueron aplicados. Es una herramienta útil para contribuir al análisis económico/financiero de la empresa, que no es suplido con los estados contables mencionados anteriormente.

---

(23) Molina Sandoval, Carlos A., *Régimen societario*, t. II, LexisNexis, p. 1106.

4.2. Notas complementarias a los estados contables

El art. 65, LGS establece: "…para el caso que la correspondiente información no estuviera contenida en los estados contables de los artículos 63 y 64 o en sus notas, deberán acompañarse notas y cuadros, que se considerarán parte de aquéllos…". Se trata entonces de aclaraciones en lenguaje corriente en el caso de las notas complementarias o de cuadros que contienen aclaraciones numéricas, que tienen como función dar adecuada información que permita interpretar adecuadamente los estados contables. La res. técnica 8 de la Federación de Consejos Profesionales contiene un detalle de la información complementaria que deben tener los estados contables.

5. Conservación de los libros, registros y documentación respaldatoria (arts. 328 y 329)

El art. 328 CCyCN dispone: "…Excepto que leyes especiales establezcan plazos superiores, deben conservarse por diez años: a) los libros, contándose el plazo desde el último asiento; b) los demás registros, desde la fecha de la última anotación practicada sobre los mismos; c) los instrumentos respaldatorios, desde su fecha…".

El legislador ha optado por establecer la obligación de conservación de libros, registros e instrumentos respaldatorios en el propio obligado a llevar contabilidad. Ello, sin perjuicio de que muchos de los contenidos volcados en ellos puedan también constar en diversas dependencias administrativas a las que por algún motivo hayan tenido que ser llevadas (AFIP, tribunales, Inspección General de Justicia, entre otras).

La obligación comprende también a los herederos, quienes deben conservar los libros durante diez años y en caso de serles requeridos, exhibirlos ante la autoridad respectiva.

Siempre que se peticione conforme al procedimiento previsto en el art. 329, CCyCN, podrán llevarse los libros (excepto el inventarios y balances) en ordenadores u otros medios magnéticos o electrónicos, y conservarse la documentación en microfilm, discos ópticos u otros medios aptos.

6. La contabilidad frente al conflicto judicial

6.1. La contabilidad frente al conflicto, con especial referencia al proceso judicial

El art. 330, CCyCN, regula respecto de la eficacia probatoria de la contabilidad y estados contables, disponiendo: "…La contabilidad, obligada o voluntaria, llevada en la forma y con los requisitos prescritos, debe ser admitida en juicio, como medio de prueba. Sus registros prueban contra quien la lleva o sus sucesores, aunque no estuvieran en forma, sin admitírseles

prueba en contrario. El adversario no puede aceptar los asientos que le son favorables y desechar los que le perjudican, sino que habiendo adoptado este medio de prueba, debe estarse a las resultas combinadas que presenten todos los registros relativos al punto cuestionado. La contabilidad, obligada o voluntaria, prueba en favor de quien la lleva, cuando en litigio contra otro sujeto que tiene contabilidad, obligada o voluntaria, éste no presenta registros contrarios incorporados en una contabilidad regular. Sin embargo, el juez tiene en tal caso la facultad de apreciar esa prueba, y de exigir, si lo considera necesario, otra supletoria. Cuando resulta prueba contradictoria de los registros de las partes que litigan, y unos y otros se hallan con todas las formalidades necesarias y sin vicio alguno, el juez debe prescindir de este medio de prueba y proceder por los méritos de las demás probanzas que se presentan. Si se trata de litigio contra quien no está obligado a llevar contabilidad, ni la lleva voluntariamente, ésta sólo sirve como principio de prueba de acuerdo con las circunstancias del caso. La prueba que resulta de la contabilidad es indivisible".

Éste es un tema que ha motivado el dictado de copiosa jurisprudencia y fue abordado por prestigiosa doctrina con opiniones no siempre coincidentes. Por otra parte, el derogado Código de Comercio lo trataba a través de diversos artículos que no han agotado todas las variables lógicas posibles, y en consecuencia, generaron interpretaciones contradictorias.

José María Curá y Susy Bello Knoll expresaron: "...hemos sostenido con anterioridad la necesidad de propugnar un mejoramiento de la legislación de aplicación, en orden a una adecuada correlación de las diferentes normas que concurren en la especie y modernas técnicas de contabilidad, persiguiendo, en definitiva, el máximo de economía en las formas, mas sin dejar de tener en cuenta sanas reglas de seguridad que impregnan la preceptiva societaria..." (24).

Sabedores de las opiniones existentes, la Comisión redactora del Anteproyecto que dio origen al nuevo Código Civil y Comercial, expresó en los Fundamentos de elevación del proyecto: "...j) Se establecen reglas concretas acerca de la eficacia probatoria de la contabilidad, incluyéndose todas las posibilidades, tanto entre obligados a llevar contabilidad y quienes decidan hacerlo en forma voluntaria, como entre éstos y los no obligados..." (25).

6.2. Eficacia probatoria de los estados contables. La sana crítica y los límites que impone el dictamen pericial

El legislador ha dispuesto: "...las constancias de la contabilidad de una parte tienen eficacia a partir del cumplimiento formal de ciertos externos,

(24) Curá, José María - Bello Knoll, Susy, ob. cit.

(25) Comision integrada por los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, como presidente, y Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*.

impuestos a todos los comerciantes por el Código de Comercio, en un sistema absolutista y tutelar. En su faz formal, la obligación de llevar contabilidad abarca la llevanza de los libros determinados por el art. 33 del Cód. de Comercio, con los requisitos legales extrínsecos e intrínsecos del art. 46, conservados como ordena el art. 45. A su vez, reconoce la cuestión un contenido material consistente en la necesidad de utilizar los libros de modo que se consiga la finalidad de la contabilidad: hacer visible la existencia y modificaciones de los recursos económicos del comerciante. Dentro de tales extremos, sin atenuaciones, se inscribe la habilidad adjetiva atribuida a la contabilidad llevada en legal forma..."[26].

La cita indica la importancia y valor probatorio de una contabilidad llevada en legal forma, aun cuando debe actualizarse y entenderse referida no ya al comerciante, sino a la empresa obligada a llevar contabilidad conforme la pauta del art. 320, CCyCN.

Ingresando al análisis del art. 330, CCyCN, debe sostenerse que las variables lógicas posibles contempladas son las siguientes:

a) *Que el que lleva contabilidad (en forma obligatoria o voluntaria) la lleve en forma y con los requisitos prescriptos*. En este caso, la regla que surge del art. 330 es que la pericia sobre la contabilidad será admitida al juicio como prueba. Obsérvese que el legislador (igual que su predecesor) se aleja de la consideración general de que nadie puede crear prueba a su favor, entendiendo que el deber de llevar contabilidad se establece no sólo en interés del obligado, sino de un sinnúmero de personas que puedan mantener relaciones jurídicas con él.

b) *Que el que lleva contabilidad la lleve de manera irregular o incompleta*. En este caso, los registros prueban en contra de quien los lleva, sin que pueda admitirse prueba en contrario. El valor de este medio de prueba es entonces similar al de una confesión, de ahí que no se admita otros medios que puedan llevar a la convicción contraria. Esto también es derivación de la circunstancia de que el medio idóneo para acreditar esa operación con alcances económicos es la propia contabilidad, y por ello no puede suplirse por otro.

c) *Que dos personas lleven contabilidad en forma y con los requisitos prescriptos*. En este supuesto, cuando dos sujetos distintos se enfrentan en juicio llevando ambos contabilidad de manera regular, surgiendo de ellas registros contradictorios, la solución legal es que ambos se neutralizan, debiendo el juez prescindir de este medio de prueba.

También se contempla el caso de que llevando ambos registros regularmente, los mismos no se contradigan. En este supuesto, si bien lo que surge de los registros prueba en favor de quien se vea favorecido por lo registrado;

---

(26) Curá, José María - Bello Knoll, Susy, ob. cit.

el artículo expresa que el juez, si lo considera, tiene la posibilidad de apreciar dicha prueba y exigir una supletoria si lo entiende necesario.

d) *Que de dos personas, una sola lleve contabilidad*. En este caso, atemperando la solución que contemplaba el Código de Comercio, se establece que los registros se considerarán como principio de prueba, *según las circunstancias del caso.*

Ello significa que el juez podrá admitirlas o no como principio de prueba, utilizando el criterio de la sana crítica que debe guiar sus decisiones jurisdiccionales; y que de ser admitida, deberá ser corroborada por otra probanza, dado que no es una prueba plena que pueda tener por sí sola por acreditados los hechos invocados.

e) *A las pautas anteriores debe agregarse el denominado criterio de la indivisibilidad*. Para todos los casos precedentes, lo que se establece como regla es la indivisibilidad de la prueba. Esto es, que no puede admitirse la prueba pericial contable sólo en parte o en los registros que convienen al interesado. De admitirse la misma, será indivisible, es decir, se incorporará al proceso en sus aspectos positivos y negativos. Se trata de una solución razonable que tiene su correlato en materia de procedimiento en el principio de adquisición procesal.

6.3. Otros supuestos de importancia

a) *El caso de que el crédito reclamado no surja de una de las contabilidades*: La regla establece que cuando existen contabilidades contradictorias, pero ambas llevadas en legal forma, es que las mismas se neutralizan, debiendo el juez prescindir el medio probatorio en su decisión, pero no resuelve el caso de que surja de una sola de las contabilidades ambas llevadas en legal forma.

José María Curá y Susy Bello Knoll analizan el supuesto planteando: "...ya esta sala B resolvió con anterioridad, señalando que la circunstancia que en los libros de una de las partes no surja el crédito reclamado por la otra y que consta en los libros de ésta, no configura la hipótesis de prueba contradictoria que considera del Código de Comercio: art. 63, dado que, de otro modo, le sería fácil a los interesados invalidar el derecho de su contraria a probar con sus libros llevados en forma la legitimidad de sus pretensiones" (27).

Por lo tanto, en este caso, será el juez quien tendrá la potestad de resolver conforme al resto de la prueba producida en el expediente, volcándose por la aceptación de una de las contabilidades, la que aplicando las reglas de la sana crítica surja como la más verosímil en el contexto de pruebas producidas e incorporadas al expediente.

---

(27) Curá, José María - Bello Knoll, Susy, ob. cit.

b) *Valor probatorio de los asientos contables*: Aun a pesar de los términos que parecieran absolutos del legislador, no puede sostenerse válidamente que los registros contables del comerciante, en tanto respondan a una ordenada contabilidad, hacen prueba en su favor. Será imprescindible que los mismos se encuentren sustentados en documentación respaldatoria.

Se ha dicho que "los asientos de los libros mercantiles no tienen por sí sustancia jurídica, sino que demuestran la existencia de hechos y modificaciones de carácter patrimonial (entradas y salidas en el patrimonio del sujeto)" (28). Esta conclusión importa afirmar que, respecto del valor probatorio de las registraciones, éstas requieren necesariamente estar apoyadas en la documentación respaldatoria, es decir, tanto la documentación propia de la operación de que se trate, como los papeles de trabajo.

c) *La autenticidad de la documentación respaldatoria*: Expresa la jurisprudencia de la SCBA: "Dentro de los presupuestos que debe satisfacer la contabilidad para que se la considere regularmente llevada es menester el respaldo documental de los asientos, pero sin que éste presente la exigencia de que dicha documentación esté reconocida ni su autenticidad probada para avalarlos..." (29).

La correcta doctrina, analizando lo resuelto expresa: "...pensamos, por el contrario, que no resulta indiferente la autenticidad de los comprobantes porque de lo contrario, la obligación del art. 43 pasaría a convertirse en un mero recaudo formal sin validez sustancial alguna y bastaría la agregación de un comprobante falso para que la obligación del art. 43 se viera abastecida" (30).

Si bien no existe una mención de esta temática en el nuevo ordenamiento, entiendo que no podrá llegarse a una conclusión distinta de la propuesta, dado que de lo contrario se abrirían las puertas a una práctica que no debe ser alentada.

d) *La prueba emanada de los registros contables*: ¿es la única prueba válida de las operaciones, para el titular de la empresa?

Sostiene Favier Dubois (h): "La información contable que emana de los registros transcriptos en los libros rubricados y con sustento en documentación respaldatoria es, para la empresa, la única prueba válida de sus operaciones. La transcripción debe realizarse en tiempo y forma. Sin perjuicio de que la empresa pueda ampliarla ofreciendo registros contables auxiliares

(28) [FALTA TEXTO NOTA]

(29) SCBA, 21/9/1984, "Compañía Argentina de Cemento Portland SA v. Onorato, Juan y otro s/cobro de pesos", ac. 33589 S, JA, 1985-III-536; DJBA, 1985-128, 162; AyS, 1984-II-27 elDial - W2896.

(30) Marcos, Guillermo A., "Valor probatorio de los libros de comercio. La importancia de los comprobantes", ponencia presentada en encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

(no obligatorios), siempre que éstos puedan corroborarse en forma precisa con los expuestos en los registros obligatorios y que su transcripción no sea extemporánea. Los registros auxiliares, sin constatación con los transcriptos en los libros rubricados, pueden ser útiles, porque si bien no es una prueba válida a favor de la sociedad, sí lo podrá ser para el actor. La frecuencia en que debe efectuarse la transcripción y, por ende, qué atraso es considerado aceptable, es un tema bastante conflictivo para los peritos contables al momento de emitir su opinión respecto a si los libros 'están llevados en legal forma y al día'" (31).

El nuevo Código Civil y Comercial ha resuelto, respecto de los subdiarios, que los mismos deben llevarse con las formalidades del libro Diario, y que éste se integra con ellos (art. 327, último párrafo).

Respecto de si la prueba contraria a los intereses del titular de los registros no llevados en forma puede ser desvirtuada por otra prueba, es resuelta expresamente por el nuevo ordenamiento, disponiéndose que los registros prueban contra quien la lleva, sin admitirse prueba en contrario.

6.4. El dictamen pericial en el conflicto

La peritación es una actividad procesal desarrollada, en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del juicio, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos o científicos, mediante la cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos, cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de la gente.

El quehacer del perito resultará de singular importancia, dado que se trata de un auxiliar del juez en cuestiones específicas que exceden el conocimiento del magistrado, quien limita sus conocimientos a aspectos jurídicos. De ahí que el perito contador designado en un pleito podrá otorgar al juez actuante datos que resulten necesarios para resolver la cuestión sobre la que éste debe fallar.

Los códigos procesales, al regular la labor de los peritos, suelen incluir peritos designado de oficio por el tribunal, o peritos o peritajes adjuntados como prueba por alguna de las partes o por ambas. En todos los casos, la importancia y responsabilidad del perito no varía, debiendo ser un auxiliar que esclarezca los puntos técnicos específicos de su incumbencia que le sean requeridos por las partes o el juez actuante. La tarea comprende la inspección de los libros y documentación respaldatoria necesaria, la elaboración de un informe pericial y la evacuación de aclaraciones o pedidos de explicaciones que le sean solicitadas.

---

(31) Favier Dubois, Ernesto M. (h), "La contabilidad como prueba en el derecho argentino", publicado en *www.favierduboisspagnolo.com.*

7. Rendición de cuentas en materia societaria

Genéricamente, la expresión rendición de cuentas es la obligación de quien, habiendo actuado por cuenta o en interés total o parcialmente ajeno, con o sin representación, ha realizado actos de administración o gestión, respecto de bienes que no le pertenecen, en forma exclusiva. Dicha obligación resulta de un principio de razón natural, pues únicamente quien tiene un derecho exclusivo sobre un bien puede disponer de él sin tener que explicar el motivo de su actuación. Por lo tanto, en principio, quien administra un bien o conjunto de bienes total o parcialmente ajenos, deberá rendir cuentas de su administración o gestión.

Se discute si en materia societaria corresponde pedir rendición de cuentas de la gestión de los administradores, como se hace en otras materias cuando un mandatario realizó una gestión por encargo de su mandante. La posición mayoritaria sostiene que estableciendo la Ley General de Sociedades un régimen propio de rendición de cuentas (v. gr., arts. 68 a 73), cual es la confección de balances, será por esta vía que se canalizará la rendición de cuentas, y no por una acción autónoma. En concordancia con esta afirmación, el art. 69, LGS, dispone que el derecho a aprobación e impugnación de los estados contables es irrenunciable, y que cualquier convención en tal sentido es nula.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial tuvo oportunidad de expedirse al respecto en diversos precedentes jurisprudenciales, sosteniéndose el criterio de que la confección de los balances excluiría la posibilidad de recurrir a la rendición de cuentas como vía idónea de controlar la administración de los bienes sociales.

Esta cuestión fue abordada en el expte. 010119/11, autos caratulados: “Mauro, Leandro Juan v. Garaventa, María Olga s/sumarísimo“, CNCom., sala C, 12/7/2011, publicado en elDial.com, AA6FA2, el día 4/10/2011.

Siguiendo el comentario de la publicación en análisis, se dirá que en el marco de la causa, el actor apeló la decisión que rechazó *in limine* la pretensión de rendición de cuentas incoada contra quien sindicó ser la única heredera del Sr. R. S., restante socio de la firma “La Ballesta SRL”.

La magistrada de primera instancia consideró que la acción era extraña e improponible en el marco de sociedades comerciales regularmente constituidas, habida cuenta de que el balance era la forma típica a través de la cual el administrador presentaba a la reunión de socios los pormenores de la gestión realizada, por lo que entendió que el socio podía ocurrir por las instancias internas de la sociedad o por los procedimientos que la ley 19.550 le otorga para conocer, informarse y controlar la marcha de los negocios sociales. En otros términos, se sostuvo que quien pretende rendición de cuentas en la materia debe estar al procedimiento especialmente previsto en la ley.

En su apelación, el recurrente sostuvo que las circunstancias del caso, al carecer de documentación social – contable suficiente, y ante el fallecimiento de su consocio, frustraban cualquier posibilidad de obtener la información que pretendió por una vía diversa a la que intentó transitar.

La sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, sala C, señaló que "situándonos en el conflicto descripto a partir del fallecimiento de quien se reputó ser el único socio del accionante dentro de la sociedad de responsabilidad limitada que ambos conformaban, no puede afirmarse de modo apriorístico o como regla general, que los socios gerentes puedan quedar sujetos, sin más, a una acción de rendición de cuentas".

En tal sentido, los Sres. jueces explicaron en su resolución: "...el órgano de administración y representación de una sociedad no es mandatario del ente, sino que es la persona jurídica la que actúa a través de la gestión que cumplen las personas físicas que encarnan el órgano".

Los camaristas explicaron: "las sociedades regulares poseen un mecanismo específico y distinto de la rendición de cuentas (CCom: 68 a 74) para poner en conocimiento de los cuotistas —en el caso— el estado de la marcha de la sociedad; integrándose de modo coherente a la estructura organicista y el régimen de responsabilidades consiguientes (arts. 59, 234, 274 y 276 LSC)".

En el mismo sentido, la doctrina ha entendido: "...la confección, presentación y aprobación (o no) de los estados contables constituye una verdadera rendición de cuentas, pero adaptada al negocio societario[32]...", por lo que "la confección de los balances excluiría la posibilidad de recurrir a la rendición de cuentas como vía idónea de controlar la administración de los bienes sociales".

El voto mayoritario consideró: "el socio carecería a título personal de legitimación activa para exigir que se le rindieran cuentas debiendo provocar la reunión de una asamblea a tal efecto donde se decidirá el curso a seguir".

Por su parte, el voto en disidencia resolvió: "...la carencia de contabilidad legal, aun tratándose de una sociedad regularmente constituida (ley 19.550: 7) vuelve a tornar procedente el instituto previsto por los arts. 68 a 74 del Código de Comercio...", por lo que "...de verificarse la circunstancia de que la sociedad no llevare en legal forma sus libros de comercio, o resultaren descalificables sus balances por las registraciones deficientes en aquéllos, tornaría procedente la acción individual del socio para reclamar la correspondiente rendición de cuentas del socio administrador".

---

(32) Nissen, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales*, t. I, Ábaco, Buenos Aires, 1997, p. 99, al comentar el art. 69, LGS.

8. Memoria de los administradores. Su importancia

La memoria "…consiste en aquella información complementaria de los estados contables, que expone subjetivamente los hechos, circunstancias, datos y razones vinculados en conjunto con los mismos, con el fin de ilustrar al usuario, sobre la gestión pasada, actual y prospectiva de la sociedad…" (33).

En realidad, técnicamente, la memoria se trata de un informe que los administradores tienen obligación de efectuar y adjuntar a los estados contables, pero que no los integra.

De acuerdo con lo que dispone el art. 66, LSC, el informe debe incluir concretamente, y como contenido mínimo: a) el desarrollo del estado de la sociedad, refiriéndose a las distintas actividades en que haya actuado e informando de la situación económica, financiera y de gestión, desarrollando los principales contenidos de la política empresarial; b) su estimación respecto de la proyección de las operaciones y el futuro desenvolvimiento de la sociedad; c) aspectos objetivables sobre el futuro de la sociedad en el contexto en que actúa; d) las razones de variaciones importantes en el activo y pasivo, así como de los gastos y ganancias extraordinarias, cuando fueren significativos; e) las razones por las cuales se propone la constitución de reservas, de forma de brindar elementos a los socios para su consideración, y respondiendo a los recaudos generales que indica el art. 70, LSC, a saber, que las mismas deben ser razonables y responder a un criterio de prudente administración; f) la explicación de lo que se proponga en materia de ganancias y dividendos; g) una orientación respecto de las futuras operaciones y proyecciones de los negocios sociales; h) las relaciones con sociedades vinculadas o controladas (34).

Cabe advertir que no es un informe obligatorio para todas las sociedades. De conformidad con el art. 62, párr. 2°, LSC, sólo tienen obligación de efectuarlo "…Las sociedades de responsabilidad limitada cuyo capital alcance el importe fijado por el artículo 299, inciso 2) y las sociedades por acciones…".

La obligación de confeccionar una memoria corresponde a los administradores, y la misma deberá entregarse a los socios en la oportunidad del art. 67, LGS, para que puedan analizarla a efectos del tratamiento de los estados contables que realizará la reunión de socios o asamblea ordinaria, según se trate de una SRL o SA.

Además de la regulación del art. 66 LGS comentada, la Inspección General de Justicia ha dictado las resoluciones 6/2006, 1/2008 y 4/2009 que

---

(33) Flaibani, Claudia C., *Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada*, Heliasta, Buenos Aires, 1997, p. 268.
(34) Se ha seguido en la explicación a Molina Sandoval, Carlos A., ob. cit., t. II, ps. 1120/1.

amplían el contenido de la memoria que debe redactarse en las sociedades anónimas bajo su contralor.

La memoria, reviste gran importancia, constituyéndose en un instrumento que brinda un análisis de la marcha de los negocios durante el ejercicio concluido y una proyección de su desenvolvimiento futuro, escrito por quienes administran la sociedad y tienen a su cargo la confección de los estados contables.

9. El informe de la sindicatura y su importancia. Auditoría de los estados contables

Conforme he sostenido con anterioridad(35), y siguiendo el razonamiento explicitado, acompañan a los estados contables el informe del auditor. Este informe es el confeccionado por profesional especializado, quien cuando no existen limitaciones significativas que afecten la realización de la auditoría, y cuando la evidencia obtenida no revela deficiencias significativas en los estados contables incluye la mención “favorable” y “sin salvedades”.

El art. 294 inciso 5° LGS dispone como un deber del síndico societario: “...5° Presentar a la asamblea ordinaria un informe escrito y fundado sobre la situación económica y financiera de la sociedad, dictaminando sobre la memoria, inventario, balance y estado de resultados”. En ausencia de sindicatura deberá contratarse un auditor externo para que emita un informe de similares características.

La práctica societaria permite apreciar en muchas oportunidades una aparente liviandad de estos informes, que resulta contradictoria con la importancia y responsabilidad que se derivan de los mismos. Baste para ello señalar que cualquier nulidad de los estados contables puede comprometer la responsabilidad del auditor que no advirtió las irregularidades que se declaran judicialmente.

El auditor, además de emitir un informe “favorable y sin salvedades”, tiene la posibilidad de efectuar un dictamen favorable pero con salvedades, puede emitir un dictamen desfavorable, o bien puede abstenerse de opinar por entender que no ha contado con la suficiente información para elaborar el informe buscando entonces no comprometer su responsabilidad profesional.

A su vez, y de acuerdo con lo que dispone la res. técnica 7 de FACPCE puede realizarse el informe bajo dos modalidades, breve o extenso.

El informe breve sobre estados contables se debe presentar con la siguiente sistematización: Título. Destinatario. Identificación de los estados

(35) Esparza, Gustavo – Taliercio, Christian, ob. cit.

contables de auditoría. Alcance del trabajo de auditoría. Aclaraciones especiales previas al dictamen, en su caso. Dictamen u opinión sobre los estados contables en su conjunto o la indicación por la cual no se emite opinión. Información especial requerida por leyes o disposiciones nacionales, provinciales, municipales o de los organismos públicos de control o de la profesión. Lugar y fecha de emisión. Firma del auditor (que debe ser un contador público).

El informe extenso debe contener lo mismo que el informe breve, y "además de lo requerido para el informe breve, las indicaciones sobre lo siguiente: 37.1. Que el trabajo de auditoría ha sido orientado, primordialmente, a la posibilidad de formular una opinión sobre los estados básicos. 37.2. Que los datos que se adjuntan a los estados contables básicamente se presentan para posibilitar estudios complementarios, pero no son necesarios para una presentación razonable de la información que deben contener los citados estados básicos. 37.3. Que la información adicional detallada en III.C.37.2.: 37.3.1. Ha sido sometida a procedimientos de auditoría durante la revisión de los estados contables básicos y está razonablemente presentada en sus aspectos significativos, con relación a los citados estados tomados en su conjunto, o lo siguiente: 37.3.2. No ha sido sometida a procedimientos e auditoría aplicados para la revisión de los estados contables básicos. En este caso, el auditor debe citar la fuente de la información, el alcance de su examen y, eventualmente, la responsabilidad asumida. 38. En el informe extenso deben quedar claramente identificadas las manifestaciones del ente cuyos estados contables e información complementaria han sido objeto de la auditoría y las manifestaciones del contador público que emite dicho informe extenso" [36].

Justo es mencionar que en la sociedad actual la actuación y responsabilidad de los auditores tiene cada vez mayor importancia. Explica con buen criterio Martorell [37]: "...Hasta hace no mucho tiempo en nuestro país, muy pocos auditores vislumbraban que algún día pudieran ser demandados por mal desempeño de sus funciones. Actualmente, la revelación cada vez más frecuente de escándalos financieros, cuyo ejemplo más sonoro sea quizás el del caso Enron en los Estados Unidos, indica que ese día ha llegado...". Seguidamente hace referencia a "... la imperiosa necesidad de mejorar la calidad científica y la eficacia de la auditoría frente a la posibilidad de que el profesional a cargo de la misma se viese llamado a rendir cuentas de su actuación ante la justicia, imputado de coautoría o complicidad con los estafadores y 'pícaros de turno'".

---

(36) Res. técnica 7 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas.

(37) Martorell, Ernesto E., *Responsabilidad de los auditores y de los estudios de auditoria frente al fraude y al* default *reprochable de la empresa*, 2ª ed. ampl. y actual., Errepar, 2003, en el comentario final del libro.

10. Libros. Publicaciones. Actas. Contabilización por medios mecánicos

Ya se ha desarrollado que la sociedad debe llevar su contabilidad mediante libros rubricados —expresión que se utiliza para indicar el procedimiento de individualización que establece el art. 323 CCyCN—, conforme a lo que indica el art. 322, CCyCN; y que de conformidad con lo establecido en los arts. 329, CCyCN, y 61, LGS, pueden sustituirse estos libros por la utilización de ordenadores o procesos mecánicos o mecanizados, siempre que se cuente con la debida autorización.

Las sociedades también deben poseer otros libros no destinados a llevar la contabilidad, sino una prolija organización y funcionamiento interno. En éstos, que también deberán ser rubricados y llevarse con las formalidades estudiadas, se dejará constancia de las resoluciones de sus órganos societarios. Conforme a las normas de la ley en la materia, deberá labrarse actas de las deliberaciones y resoluciones de sus órganos, y en general, las sociedades suelen tener un libro por órgano, a saber: libro de actas de asamblea, libro de actas de directorio, libro de actas de gerentes, libro de actas de comité ejecutivo, y en general, tantos libros como órganos societarios existan.

De las reuniones de los órganos societarios deberá labrarse actas en los libros, resumiendo las manifestaciones vertidas (no es necesario una transcripción completa y literal), las formas de las votaciones y las resoluciones adoptadas. El acta se redactará dentro de los cinco días siguientes a la reunión, y en principio deben ser firmadas por todos los asistentes (conf. art. 73 LGS).

En las sociedades anónimas, la firma del acta de asamblea se confía a dos accionistas presentes designados en cada oportunidad, y en cambio, todos los asistentes firman el Libro de Comunicación y Asistencia a las asambleas (conf. art. 238, LGS).

Otro libro social obligatorio es el Libro de Registro de Acciones que establece el art. 213, LGS, en el que las sociedades anónimas deben llevar el registro de las titularidades accionarias, habiéndose dicho que se trata de un registro público —atento a la rúbrica— llevado privadamente por cada sociedad. Además de las inscripciones en el libro, que se completa con la firma del presidente del directorio al realizar cada registración, la sociedad tiene obligación de informar a AFIP *online* los cambios de accionistas (conf. res. 3293 del año 2012).

11. Responsabilidad civil y penal de administradores y síndicos

La actuación de administradores y síndicos se encuentra regida, en materia societaria, por la norma rectora del art. 59, que dispone que deben actuar con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios (norma que

ha de ser interpretada como entendiéndose que se está frente a personas técnicamente idóneas, que atento a su especialidad tienen mayor deber de conocer, y por lo tanto, mayor es también la responsabilidad que se deriva de su actuación). Esta norma será completada con las normas específicas que regulen el tipo social concreto (v. gr., 157, LGS, para SRL, o 274 y concs., LGS, para SA), y con la normativa emanada del Código Civil y Comercial en materia de culpa y responsabilidad.

La normativa referida a régimen de documentación y contabilidad, al determinar deberes y obligaciones, es también generadora de responsabilidades ante su omisión, obrar culpable o doloso. Estas responsabilidades, conforme lo destaca Zaldívar "...origina la aplicación de sanciones civiles y penales, a las que nosotros agregaríamos también las administrativas..." (38).

En materia civil, los administradores y síndicos serán responsables por la inobservancia de las exigencias que la ley impone en la materia, a saber: a) no llevar los libros obligatorios o hacerlo deficientemente o con errores; b) por la no confección o inexacta confección de estados contables; c) por la contabilización de registros no apoyados en documentación respaldatoria, o por la falsedad de ésta; d) por cuanto surja de la memoria anual, o por su falta de confección en los casos en que es obligatoria, etc. Estas faltas serán primeramente observadas por la sociedad, que como uno de los puntos del orden del día de la asamblea ordinaria deberá deliberar y resolver sobre la responsabilidad de los administradores, síndicos y miembros del consejo de vigilancia (art. 234, inc. 3°, LGS). Con su resultado podrán promoverse las acciones de responsabilidad tendientes a obtener un adecuado resarcimiento de los daños (arts. 275 a 279, LGS).

En materia penal, se han legislado diversos delitos relacionados estrechamente con las obligaciones establecidas a administradores, miembros del consejo de vigilancia y síndicos. Sin perjuicio que no corresponde a este trabajo una profundización a su respecto, se mencionarán sucintamente los principales tipos sociales vigentes: a) *Delito de balance falso*. El art. 300, inc. 3°, primera parte del Código Penal contiene la tipificación del denominado delito de balance falso en los siguientes términos: "Art. 300.— Serán reprimidos con prisión de seis meses a dos años: (...) 3º el fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva, que a sabiendas publicare, certificare o autorizare un inventario, un balance, una cuenta de ganancias y pérdidas o los correspondientes informes, actas o memorias, falsos o incompletos (...) cualquiera que hubiere sido el propósito perseguido al verificarlo"; b) *Delito de defraudación por administración fraudulenta (art. 173, inc. 7°, CPen.)*. Como una de las variantes del capítulo "Estafas y otras defraudaciones", el inc. 7° del art. 173 del Código Penal tipifica: "Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defrau-

(38) Zaldívar y otros, ob. cit., p. 356.

dación y sufrirán la pena que él establece: (…) 7º. El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos"; c) *Delito de vaciamiento de empresas (art. 174, inc. 6°, CPen.).* El art. 174, inc. 6° del Código Penal, conocido como "vaciamiento de empresas" determina como delito penal: "…6°. El que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera o destinado a la prestación de servicios; destruyere, dañare, hiciere desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuyere el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital (inciso incorporado por art. 2° de la ley 25.602, BO 20/6/2002)"; d) *Delito de autorización de actos indebidos (art. 301, CPen.).* El Código Penal dispone en el art. 301: "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el director, gerente, administrador o liquidador de una sociedad anónima, o cooperativa o de otra persona colectiva que a sabiendas prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o a los estatutos, de los cuales pueda derivar algún perjuicio. Si el acto importare emisión de acciones o de cuotas de capital, el máximo de la pena se elevará a tres años de prisión, siempre que el hecho no importare un delito más gravemente penado". De un análisis del artículo cabe observar que en muchos de los casos que se presenten se puede advertir que el concurso para actos ilegales o antiestatutarios podrá funcionar como preparación o principio de ejecución del delito de administración fraudulenta, lo que demuestra las pocas sentencias dictadas "exclusivamente" sobre este delito. Sin embargo, es obvio que la relación con la temática del trabajo reviste la mayor importancia, pudiendo darse la acción de nulidad de un balance, que a su vez sea cuestionado como materia de la tipificación del delito.

Finalmente, en materia administrativa, la propia LGS prevé que los administradores, miembros del consejo de vigilancia y síndicos tendrán responsabilidad y podrán recibir sanciones en el art. 302, consistentes en multas. A su vez, el artículo establece que las multas que se apliquen a directores y síndicos no podrán ser abonadas por la sociedad.

12. Utilidad y pérdida. Dividendo. Reservas: clases

12.1. Utilidad. Concepto

El concepto de utilidad corresponde a los resultados económicos de la explotación de la sociedad durante un período determinado, llamado ejercicio.

Explica Zaldívar: "…las reglas para calcular las utilidades variarán según se enfoque el problema desde el punto de vista del derecho de los socios

a la distribución de utilidades o que se encare la situación de la sociedad en lo que se refiere a las valorizaciones de sus activos. Por ello, en la determinación del quantum de las utilidades anuales, debe aceptarse cierto grado de exactitud en las cantidades que surjan del balance aprobado; debe privar un criterio de razonabilidad...”[39].

Siguiendo en este punto el desarrollo que efectúa Zaldívar[40], debe sostenerse que los conceptos de pérdidas o utilidades guardan una estrecha relación con el monto del capital social. Cuando el monto del activo es inferior al del pasivo más el capital social, éste se encontrará en déficit, en consecuencia, resultará de aplicación lo dispuesto por el art. 206, LGS, y en casos extremos la disolución por pérdida de capital social (art. 96, LGS).

Para el derecho societario, el concepto de utilidad (y consecuentemente el de pérdidas como su contrapartida) se refiere al fin de lucro y puede determinarse a partir de la aprobación de los estados contables. Sin embargo, la utilidad que pueda obtenerse en un ejercicio es propiedad de la sociedad que declara la asamblea ordinaria; órgano que a su vez dispone su destino.

El destino natural de la utilidad (existiendo un saldo positivo en la cuenta ganancias y pérdidas) es pasar a dividendo, porque ése es el fin último de la sociedad.

12.2. Dividendo

“...El dividendo es la renta a que tiene derecho todo capital aportado para la realización de un acto de comercio o prestación de un servicio (...) es la renta que el accionista espera obtener de la sociedad por su aportación puesta a disposición de la empresa con miras al logro del objeto social”[41]. Desde un aspecto netamente jurídico: “dividendo es el derecho crediticio conferido al accionista al disponerse en la asamblea la distribución entre los socios del monto resultante de las utilidades realizables y líquidas provenientes de un balance regularmente confeccionado”[42].

Una vez que la asamblea ordinaria decide distribuir las ganancias realizadas y líquidas (no existiendo pérdidas de ejercicios anteriores que lo impidan —conf. art. 71, LGS—), nace para los socios el dividendo, como un derecho de crédito frente a la sociedad. El derecho del socio al dividendo es un derecho disponible, por lo tanto, si bien el accionista puede renunciar al mismo, no puede hacerlo anticipadamente (art. 13, inc. 1°, LGS).

---

(39) Zaldívar y otros, ob. cit., p. 363.

(40) Zaldívar y otros, ob. cit., p. 365.

(41) Sasot Betes, Miguel A., *Sociedades anoìnimas. Los dividendos*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1985, ps. 3 y 4.

(42) Roitman, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales. Anotada*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 106.

Los requisitos a los que la ley subordina la decisión asamblearia de acordar dividendos son los siguientes: a) La utilidad debe ser líquida y realizada, esto significa que debe corresponder a operaciones sociales totalmente consumadas, percibidas o de próxima percepción y no sujetas a condicionamientos o eventos que puedan alterarlas; b) Las utilidades deben surgir de un balance confeccionado conforme a las obligaciones establecidas por la ley y el estatuto, debidamente aprobado por la asamblea ordinaria; c) No deben existir pérdidas de ejercicios anteriores, dado que en ese caso no se pueden distribuir ganancias hasta que no se cubran las mismas. El art. 71 lo enuncia: "Las ganancias no pueden distribuirse hasta tanto no se cubran las pérdidas de ejercicios anteriores".

El derecho a participar en las ganancias de la sociedad anónima se presenta como uno de los pilares fundamentales en que se apoya toda estructura societaria. Tal es su importancia que se lo incluye implícitamente en el primer artículo de la LGS como uno de los elementos indispensables para que exista sociedad: "Habrá sociedad comercial cuando una o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas".

12.3. Reservas

El socio participa en una sociedad para ganar dinero y tiene una vocación natural al dividendo. Excepcionalmente, por decisión de la ley, por disposición del estatuto (estatutarias) o de la asamblea (facultativas) podrá provisionarse, para un eventual empleo futuro, parte de las utilidades. Esta creación tendrá los más variados destinos, por ejemplo, afrontar eventuales pérdidas, contingencias comerciales negativas, proyectos de desarrollo concretos, etcétera.

Por disposición de la ley, las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada deben crear y mantener una reserva legal destinando por lo menos el 5 % de las ganancias hasta alcanzar el 20 % del capital social, que deberá contabilizarse como una cuenta del patrimonio neto (arg. art. 70, LGS). Se prohíbe la distribución de utilidades del ejercicio si se vio disminuida la reserva, y hasta tanto se reintegre su monto. Si bien esta reserva no integra el capital social, sí importa un acrecentamiento del patrimonio social, y no resulta repartible como las utilidades.

Las reservas estatutarias y facultativas sólo podrán crearse (al afectar el derecho del socio al reparto periódico de utilidades) cuando: "...las mismas sean razonables y respondan a una prudente administración..." (arg. art. 70, LGS), debiendo los administradores que propongan a la asamblea su creación indicar en la memoria "...las razones por las cuales se propone la constitución de reservas, explicadas clara y circunstanciadamente..." (art. 66, inc. 3°, LGS).

SÍNTESIS

1) Las normas jurídicas relativas a la contabilidad societaria están reguladas en los arts. 320 a 331 del Código Civil y Comercial, y en los arts. 61 a 73 de la Ley General de Sociedades. A estas normas se las complementa con otras que rigen las sociedades en razón de su objeto, y resoluciones técnicas de los Consejos Profesionales de Ciencias Económicas.

2) Toda empresa, tenga o no forma societaria, tiene obligación de llevar contabilidad a través registraciones en los libros obligatorios (libro Diario, libro Inventarios y Balances, y todo otro que corresponda a integrar un adecuado sistema de contabilidad) de las operaciones con contenido económico realizadas, respaldadas por la respectiva documentación que les da sustento (arg. art. 322, CCyCN).

3) El art. 329, CCyCN, si bien no altera la forma de llevar la contabilidad a través de libros como principio, permite que quien deba llevar contabilidad pueda, previa autorización del Registro Público de su domicilio: "a) sustituir uno o más libros, excepto el de Inventarios y Balances, o alguna de sus formalidades, por la utilización de ordenadores u otros medios mecánicos, magnéticos o electrónicos que permitan la individualización de las operaciones y de las correspondientes cuentas deudoras y acreedoras y su posterior verificación; b) conservar la documentación en microfilm, discos ópticos u otros medios aptos para ese fin...".

4) La contabilidad que se realiza debe, al final del ejercicio, volcarse a los estados contables, que son "...resúmenes de datos extraídos de elementos contables de un ente, compilados, ordenados y elaborados sistemáticamente, expresados en términos monetarios, con la finalidad de brindar información...".

5) Los estados contables contemplados en la ley de sociedades comerciales son los siguientes: a) Balance o Estado de Situación Patrimonial (art. 63, LGS). Exhibe tres rubros esenciales: activo (el conjunto de bienes, valores y derechos de los cuales es titular la sociedad), pasivo (el conjunto de deudas y obligaciones que tiene la sociedad hacia terceras personas) y patrimonio neto (en el patrimonio neto se refleja, contablemente, para decirlo con claridad, lo que queda para la sociedad una vez que se compensaron los pasivos con el activo —activo menos pasivo es igual a patrimonio neto—. Representa los derechos económicos de los socios sobre el activo social. Es decir, son cuentas de patrimonio neto: el capital, las reservas (legales, estatutarias o facultativas —conf. art. 70 LSC—), las utilidades de ejercicios anteriores no distribuidas, los aportes a cuenta de futuros aumentos de capital y las primas de emisión (art. 202, LSC). Asimismo, la ecuación fundamental en que se sustenta indica que el total de las registraciones del activo son iguales en cuanto al monto al pasivo más el patrimonio neto. b) Estado de resultados o cuenta ganancias y pérdidas (art. 64,I, LGS), que es un complemento del

balance y está formada por dos elementos contrapuestos: el debe, para los gastos y pérdidas; y el haber, para los beneficios. c) Estado de evolución del patrimonio neto. El art. 64.II, LGS expresa: "...II. El estado de resultados deberá complementarse con el estado de evolución del patrimonio neto. En él se incluirán las causas de los cambios producidos durante el ejercicio en cada uno de los rubros integrantes del patrimonio neto". d) Estado de flujo de efectivo (o estado de origen y aplicación de fondos). Sus datos permiten saber de dónde surgieron los recursos con los que contó la empresa, y en qué fueron aplicados. Es una herramienta útil para contribuir al análisis económico/financiero de la empresa.

6) Los libros sociales y documentación respaldatoria deben conservarse por diez años.

7) La contabilidad es un elemento de prueba en caso de litigio judicial. En caso de ser llevada en legal forma, es una prueba a favor de quien la presenta. El art. 330, CCyCN, contiene diversas reglas que establecen su valor probatorio y distintas hipótesis que pueden presentarse.

8) En materia societaria, la rendición de cuentas que deben efectuar los administradores se realiza a través de la confección de los balances y demás estados contables; estando excluida, en principio, la posibilidad de recurrir a la rendición de cuentas autónoma como vía idónea de controlar la administración de los bienes sociales.

9) En las sociedades de responsabilidad limitada cuyo capital alcance el importe fijado por el art. 299, inc. 2°, LGS, y las sociedades por acciones, los administradores tienen obligación de confeccionar un informe sobre las operaciones de la sociedad y su proyección con los recaudos del art. 66, LGS, que recibe el nombre de memoria y se adjunta a los estados contables para su tratamiento por la asamblea.

10) Los síndicos o auditores externos, según los casos, deben presentar un informe sobre los estados contables y la memoria que también es tratado por la asamblea junto a los estados contables.

11) En el desarrollo de su función, los administradores, síndicos y miembros del consejo de vigilancia pueden contraer responsabilidad civil, societaria, penal o administrativa, con el alcance que en cada caso disponen las leyes aplicables.

12) El concepto de utilidad corresponde a los resultados económicos de la explotación de la sociedad durante un período determinado, llamado ejercicio. El destino natural de la utilidad realizada y líquida es convertirse en dividendo cuando lo dispone la asamblea ordinaria, y siempre que la cuenta ganancias y pérdidas no tenga resultado negativo.

13) El dividendo es el derecho de crédito que nace para el socio frente a la sociedad, a requerir la entrega del porcentaje de utilidades que la asamblea acordó distribuir, en proporción a su participación accionaria.

14) Las reservas son una parte de las utilidades que por disposición de la ley, el estatuto o de la asamblea no se reparten, destinándose a ser conservadas para un eventual empleo futuro. Las reservas facultativas y las estatutarias sólo pueden crearse cuando lo decida la asamblea con las mayorías establecidas en el art. 70, LGS, siempre que las mismas sean razonables y respondan a una prudente administración.

Capítulo XI

Vicisitudes. Reorganización

Por Mariana Baigorria y Olga Amanda Vidano

1. Resolución parcial del contrato de sociedad

La resolución parcial del contrato de sociedad implica que uno o más socios pueden separarse de la sociedad, recibiendo el importe del valor de su participación social con relación al patrimonio de ella, ya sea porque la ley lo autoriza, o los socios lo han previsto en el contrato social (art. 89, Ley General de Sociedades). Afecta la composición interna de la compañía en cuanto a su capital y patrimonio, ya que cuando se retira el socio recibiendo su parte, ello puede importar que la sociedad se encuentre obligada a reducir su capital social.

1.1. Causales de resolución parcial

1.1.1. Causales previstas en el contrato social

Los socios pueden acordar en el contrato constitutivo causales de resolución, por ejemplo, pactar que cualquier socio puede retirarse de la sociedad luego de un cierto tiempo (art. 89, LGS).

1.1.2. Muerte de un socio

En este caso es la propia ley la que establece la resolución parcial para las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria y en participación, con la salvedad que, únicamente para las sociedades colectivas y en comanditas simples es lícito pactar la continuidad de la sociedad con los herederos. Dicho pacto obliga a los herederos, pero pueden condicionar su incorporación a la transformación de su parte en comanditaria (art. 90, LGS).

El fundamento de esta norma de imponerles a los herederos la incorporación en estos tipos societarios radica en evitarle a la sociedad el perjuicio patrimonial que significa una resolución parcial del contrato al tener que entregar a los sucesores la parte del socio fallecido. Pero no se los puede obligar a que asuman la responsabilidad ilimitada y solidaria que tienen los socios colectivos o comanditados, ya que podrían ver comprometido su patrimonio personal por las deudas sociales. Por eso, la ley les permite transformar su parte social en comanditaria.

Este artículo ha sido criticado por la doctrina en razón de que se obliga a los herederos a incorporarse a una sociedad en virtud de un pacto en el cual ellos no han participado.

En la sociedad de responsabilidad limitada, si bien la ley no lo dice expresamente, sino implícitamente, conforme al art. 155, LGS, la muerte de un socio produce la resolución parcial del contrato, siempre y cuando no esté prevista la incorporación de los herederos en el contrato social.

1.1.3. Derecho de receso

Otra causal de resolución parcial regulada por la ley se da en el caso del derecho de receso, reconocido en los arts. 129, 157, 160, 244 y 245, LGS[(1)].

---

(1) El derecho de receso es la facultad que tiene el socio para retirarse de la sociedad cuando en una resolución social vota en contra de la remoción del administrador, cuya designación fue condición del contrato (arts. 129, 157, LGS) o cuando se trate de una modificación estructural del contrato: transformación, fusión, etc. (arts. 160, 245, LGS).

1.1.4. Exclusión de socio

Esta causal de resolución parcial significa la separación forzada de uno o más socios de la sociedad (art. 91, LGS)[2],[3].

Esta norma se aplica a las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria, en participación, sociedad de responsabilidad limitada y a los comanditarios de una sociedad en comandita por acciones, siempre y cuando exista justa causa. La ley aclara que es nulo todo pacto en contrario.

Se considera justa causa cuando el socio incurre en grave incumplimiento de sus obligaciones. Esta situación se puede dar cuando el socio desvía patrimonio social en provecho propio, o cuando exista ausencia total de *affectio societatis*, por ejemplo, cuando el socio por sus actos u omisiones obstaculice la realización del objeto social. Queda a criterio del juez evaluar las circunstancias en cada caso. También se considera justa causa a los supuestos de incapacidad, inhabilitación, declaración de quiebra, excepto en las sociedades de responsabilidad limitada[4].

La ley señala como casos específicos de exclusión los siguientes: mora en los aportes (art. 37, LGS); garantía de evicción (arts. 46 y 48, LGS); y en las sociedades de personas cuando el socio realice actividades en competencia con la sociedad (art. 133, LGS).

El plazo para ejercer el derecho de exclusión se extingue en el término de noventa días siguientes a la fecha en que se conoció el hecho justificativo de la separación.

La acción de exclusión puede ser ejercida por los representantes de la sociedad, previa aprobación del órgano de gobierno de la sociedad o por quien los restantes socios designen, si la exclusión se refiere a los socios adminis-

---

(2) Vanasco, Carlos A., *Manual de sociedades comerciales*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 232. "...Un socio deja de ser tal porque ha incumplido una obligación asumida en el contrato o ha tenido una conducta antisocial y perjudicial para la sociedad o por los otros socios".

(3) No se debe confundir la exclusión del socio con la exclusión del administrador. Son cuestiones distintas: la remoción del administrador está dirigida a separar de la sociedad al funcionario, sea socio o no, que no cumple adecuadamente su gestión. La separación de un socio se basa en su inconducta como socio.

(4) CNCom., sala E, 27/12/2011, "Sucarrat, Juan J. y otro v. Paterno Francisco s/ordinario": "... Para que proceda la exclusión de socio la LSC, 91, exige la existencia de justa causa (...) habrá justa causa cuando el socio incurra en grave incumplimiento de sus obligaciones...", "... si bien de las cartas documento adjuntadas a la demanda así como de las acompañadas a las respectivas contestaciones, fluye la existencia de un serio conflicto societario, lo cierto es que los hechos imputados por los demandantes carecen, a la luz de la prueba rendida, de entidad suficiente como para justificar la exclusión del demandado de la sociedad que integran" (elDial.com- AA74BF).

tradores. En ambos casos, se puede disponer judicialmente la suspensión provisoria de los derechos del socio que se quiere excluir.

También la acción de exclusión puede ser ejercida individualmente por uno de los socios, pero se debe citar a los demás.

No se puede excluir un socio de una sociedad si no hay una resolución judicial, salvo en el caso de mora en el aporte, donde la exclusión la decide directamente el órgano de gobierno(5).

1.1.4.1. Efectos

En caso de que el juez haga lugar a la exclusión, la misma produce los siguientes efectos:

1. El socio excluido tiene derecho a una suma de dinero que represente el valor de su parte a la fecha de la invocación de la exclusión, lo que se determina mediante la confección de un balance especial conforme al patrimonio real de la sociedad, en el cual se incluye el valor llave (art. 92, inc. 1°, LGS).

2. Si existen operaciones pendientes, el socio participa en los beneficios o soporta sus pérdidas (art. 92, inc. 2°, LGS).

3. La sociedad puede retener todo o parte de la suma que debe entregarle, hasta tanto las operaciones pendientes concluyan y pueda establecerse el saldo positivo o negativo que han arrojado, porque si dan pérdida, puede resultar difícil que la sociedad pueda recuperar la del socio que ya se ha apartado de ésta (art. 92, inc. 3°, LGS).

4. Si el aporte del socio ha sido de uso y goce (art. 49, LGS), el socio excluido no puede exigirle a la sociedad que le haga entrega de la cosa si ésta es indispensable para el funcionamiento de la misma, por lo que la sociedad tiene derecho a pagarle el valor de ese bien en dinero, para lo cual se debe efectuar una tasación de común acuerdo o por pericia judicial (art. 92, inc. 4°, LGS).

5. La exclusión produce una reducción en el elenco de socios, y puede o no producir una reducción de capital social(6), lo que importa modificación del contrato social, que debe ser inscripta en el Registro Público correspondiente. Hasta tanto la modificación no se inscriba, el socio excluido responde a los terceros por las obligaciones sociales, conforme al tipo social de que se trate (art. 92, inc. 5°, LGS).

1.1.5. Exclusión en sociedad de dos socios

En una sociedad de dos socios se puede realizar la exclusión de uno de ellos cuando existe justa causa, con los efectos del art. 92, LGS.

---

(5) Nissen, Ricardo, *Curso de derecho societario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 280.

(6) El reembolso al socio también se puede realizar mediante reservas libres o utilidades líquidas y realizadas.

El socio inocente asume el activo y pasivo sociales, sin perjuicio de la aplicación del art. 94 bis, LGS[7].

2. Disolución

La disolución es la resolución total del contrato. Se modifica el objeto social[8] y la sociedad inicia otra etapa, llamada “liquidación”, que finaliza con la cancelación de su inscripción en el Registro Público y la extinción de la sociedad como sujeto de derecho.

La ley establece las siguientes causales de disolución en los siguientes artículos: art. 94; art. 97 (disolución judicial); art. 25 (sociedades no constituidas según los tipos del cap. II y otros supuestos)[9]; art. 32 (violación al régimen de participaciones recíprocas); art. 19 (sociedad de objeto lícito y actividad ilícita), LGS.

Por otra parte, los socios pueden pactar otras causales de disolución (art. 89, LGS), como, por ejemplo, si ocurre cierto número de ejercicios con pérdidas o se produce la pérdida de un determinado porcentaje del capital.

Debe tenerse presente que las causas que los socios pacten como causales de disolución deben tener una cierta razonabilidad, de manera que de su ejercicio no resulte un perjuicio para la sociedad, ni los socios.

2.1. Causales de disolución incluidas en el art. 94[10]

2.1.1. Por decisión de los socios (art. 94, inc. 1°, LGS)

Esta causal deviene de la naturaleza contractual de la sociedad. Si lo socios tuvieron la libertad de constituirla, también la tienen para disolverla.

---

(7) La ley 26.994 incorpora a la ley 19.550 (LGS) el art. 94 bis que dice: “La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho a las sociedades en comandita simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal, si no deciden otra solución en el término de tres (3) meses”.

(8) Vanasco, Carlos A., op. cit., p. 244, “... el objeto de la sociedad pasa a ser su propia liquidación, esto es (...) realizar el activo, satisfacer el pasivo y repartir el remanente entre los socios”.

(9) La ley 26.994 reforma el art. 25 y dice en relación a la disolución y liquidación: “Cualquiera de los socios puede provocar la disolución de la sociedad cuando no media estipulación escrita del pacto de duración, notificando fehacientemente tal decisión a todos los socios. Sus efectos se producirán de pleno derecho entre los socios a los noventa (90) días de la última notificación. Los socios que deseen permanecer en la sociedad deben pagar a los salientes su parte social. La liquidación se rige por las normas del contrato y de esta ley”.

(10) La ley 26.994 elimina como causal de disolución la reducción a uno del número de socios.

La decisión debe ser tomada por el órgano de gobierno, según las mayorías requeridas para cada tipo social.

2.1.2. Expiración del término por el cual se constituyó (art. 94, inc. 2°, LGS)

Todo contrato de sociedad debe incluir una cláusula donde se establece el plazo de duración. Esta causal de disolución se produce por el simple transcurso del tiempo, de tal modo que si continúa desenvolviendo su objeto social, queda sometida al régimen establecido en la sección IV, De las sociedad no constituidas según los tipos del capítulo II y otros supuestos (arts. 21 a 26, LGS)[11].

---

(11) CNCom., sala F, 6/2/2014, "Trimarco, Jorge v. Calabrese, Daniel Hugo s/ordinario". "Procede confirmar la resolución que declaró la disolución de la *sociedad* en virtud de lo previsto por la LSC: 94-2º con base en que dicha causal operaba automáticamente. Ello así por cuanto la disolución de la *sociedad* por la causal prevista en dicha norma, esto es, por expiración del término por el cual se constituyó, no requiere de una expresa declaración de los socios o del órgano jurisdiccional.

"Voto del Dr. Ojea Quintana

"De modo alguno se intenta aquí impedir la reactivación de la *sociedad*, pero aquélla es una competencia de la que los socios –en el caso– no han echado mano; al menos, no hasta ahora. Ello, claro está, sin perjuicio de la posibilidad con la que aún cuentan, si se atiende a que la reconducción es factible en tanto no haya sido designado un liquidador. Es que este último es el hito temporal que fija la norma como límite para conseguir la continuación de la *sociedad* luego de su vencimiento. Es que desde que feneció el plazo acordado en el contrato social hasta el dictado del pronunciamiento, ningún mecanismo asumió la demandada para contrarrestar los efectos derivados del cumplimiento de ese término legal.

"Así, pues, la persecución de una prórroga ya resulta técnicamente imposible. Sólo pende, tal como fue dicho, la posibilidad de reconducir la *sociedad* hasta tanto no sea designado un liquidador. Todo ello, empero, no pudo constituir un valladar para sentenciar en los términos del inciso 2 del artículo 94 de la ley de *sociedades*, ya que se configuró objetivamente el presupuesto allí contemplado.

"Disidencia del Dr. Barreiro:

"Procede revocar la resolución que declaró la disolución de la *sociedad* en virtud de lo previsto por la LSC: 94-2º con base en que dicha causal operaba automáticamente. Ello así, cabe señalar que la disolución de una *sociedad* es un hecho o acto jurídico que abre el proceso *liquidatorio* conducente a su extinción, mediante la realización de todos los actos necesarios para que queden totalmente extinguidas las relaciones jurídicas entre la *sociedad* y los terceros, entre aquélla y los socios, y las de estos últimos entre sí (CNCom., sala A, 26/3/1997, 'Fernández Fernández, José M. v. Boliberto SRL'; íd., sala C, 6/9/2002, 'Otaegui, Javier Francisco v. Ghergherian, Alejandro Gregorio s/sumario'). Es el acto con suficiente relevancia jurídica que promueve la apertura del complejo entramado fáctico y normativo, de inexcusable observancia, que conduce hacia el fenecimiento del sujeto societario como contrato y como persona jurídica, pero no implica de por sí el fin de la *sociedad*, ni la extinción de las relaciones jurídicas (Héctor Cámara, *Disolución y Liquidación de Sociedades Mercantiles*, 2ª ed., ps. 206/7; CNCom., sala C, 28/12/2009, 'Visciglia, G. y otros v. Cutri, Emilio s/ordinario'), en tanto para que ello ocurra es menester cumplir aquel conjunto de actos que conforman el proceso de *liquidación*, durante el cual la *so-*

Sin embargo, la ley, por el principio de conservación de la empresa (art. 100, LGS), prevé dos alternativas para la continuación de la sociedad.

2.1.2.1. Prórroga del plazo

La prórroga debe resolverse y solicitarse la inscripción en el Registro Público antes del vencimiento del plazo de duración, sin perjuicio de que la inscripción sea realizada por el registro con fecha posterior (art. 95, LGS).

2.1.2.2. Reconducción

La reconducción se solicita con posterioridad al vencimiento del plazo. Se pueden dar dos circunstancias: 1. hasta que no se haya inscripto el nombre del liquidador, se podrá resolver en una reunión social con las mayorías requeridas en cada tipo, la continuación de la sociedad, y 2. si se decide continuar con la sociedad después de la inscripción del liquidador, la decisión debe ser tomada por unanimidad en todos los tipos sociales[12] (art. 95, LGS).

2.1.3. Por cumplimiento de la condición a la que se subordinó su existencia (art. 94, inc. 3°, LGS)

Esta causal debe estar prevista en el contrato social donde los socios han contemplado la posibilidad de que si se cumple un hecho incierto y futuro (condición resolutoria), pueden declarar resuelto el contrato y disuelta la sociedad. Por ejemplo la muerte de un socio cuya participación se considera esencial y relevante para la sociedad.

2.1.4. Por consecución del objeto para el cual se formó o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo (art. 94, inc. 4°, LGS)

En el primer caso, el objeto se agotó y en el segundo caso está dado por la imposibilidad sobreviniente de lograr el objeto social que puede originarse

---

ciedad mantiene su personalidad (arts. 101 y ss., LSC). En esta inteligencia, la disolución de una *sociedad* puede operarse por las causales enunciadas en el art. 94, LSC, o bien por aquellas descriptas en el contrato social (art. 89, LSC). Más allá de eso, se considera que dichas causales de disolución, sean legales o convencionales, no operan *ipso facto*. En efecto, éstas requieren de una expresa declaración en ese sentido por parte de los socios o, en defecto de acuerdo válido entre ellos, de la que provenga del órgano jurisdiccional. Así es apropiado razonar, pues la Ley de *Sociedades* Comerciales tutela la conservación de la empresa, en tanto que prescribe que en caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la *sociedad* (tal es la consolidada doctrina del art. 100, LSC)" (elDial.com - AG3322).

(12) Roitman, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada*, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 460. "...reconducción y prórroga son dos institutos totalmente diferentes. La prórroga evita que una sociedad se disuelva y esto se logra antes del vencimiento del término; en la reactivación la sociedad se rehabilita pero ello ocurre después

en la inactividad total de la sociedad[13], por causas naturales (incendio, terremoto) o jurídicas (expropiación o cancelación de licencia).

2.1.5. Por pérdida del capital social (art. 94, inc. 5°)

Este supuesto no se produce si los socios acuerdan reintegrar total o parcialmente el capital o su aumento (art. 96, LGS). El capital social es fundamental no sólo como medio para cumplir con el objeto social, sino también como garantía para los acreedores sociales.

2.1.6. Por declaración en quiebra (art. 94, inc. 6°, LGS)

Esta causal se produce cuando la sociedad entra en estado de cesación de pago y se declara la quiebra conforme a la ley 24.522. Esto produce el desapoderamiento de todos los bienes de la sociedad, a los efectos de satisfacer a los acreedores. La disolución se deja sin efecto si la sociedad deudora acuerda con los acreedores un avenimiento (arts. 225 a 227, ley 24.522), donde el deudor se compromete a pagar todas sus deudas y el acuerdo se realiza con el consentimiento de la totalidad de los acreedores. El otro supuesto, donde también se deja sin efecto la disolución por quiebra, es cuando se dispone la conversión de la quiebra a concurso preventivo (arts. 90 a 93, ley 24.522).

2.1.7. Por su fusión en los términos del artículo 82 (art. 94, inc. 7°, LGS)

La fusión tiene como característica particular que tanto las sociedades que se fusionan o la sociedad absorbida, si bien se disuelven, no se liquidan.

2.1.8. Por sanción firme de cancelación de oferta pública o de cotización de sus acciones (art. 94, inc. 8°, LGS)

Esta causal queda sin efecto si los accionistas deciden en una asamblea extraordinaria, realizada dentro de los sesenta días (art. 244, párr. 4°, LGS),

---

de haberse disuelto. Por ende los efectos son totalmente diferentes. En la prórroga los negocios continúan como si nada hubiere ocurrido; en la rehabilitación por el contrario, la sociedad disuelta prohíbe a los administradores realizar ningún acto extraño a la liquidación, cesa el objeto social, y por ende la responsabilidad por los actos realizados en el ínterin extiende la responsabilidad a los administradores en forma solidaria e ilimitada".

(13) CNCom., sala C, 24/4/2014, "Radonic, María Cristina v. Migali, José D. y Adelgazamos SA". "...Si bien la inactividad no se encuentra expresamente enumerada entre los supuestos previstos en el art. 94 de la ley de sociedades como causal de disolución, el inc. 4 de esa misma norma prevé como causal de disolución *la imposibilidad sobreviniente* de lograr el objeto social; y no cabe duda que la inactividad expresamente reconocida por el demandado es una circunstancia que permite —*rectius*: imposibilita— el logro del objeto social..." (elDial.com- AA8776).

continuar con los negocios sociales, saliendo de la oferta pública de sus acciones y permitiendo que los socios que no estén de acuerdo ejerzan el derecho de receso (art. 245, LGS). Este inciso pretende proteger al socio inversor.

2.1.9. Por resolución firme del retiro de autorización para funcionar (art. 94, inc. 9°, LGS)

Esta situación se da cuando se trata de una sociedad que está regulada por leyes especiales en razón de su objeto y que requiere de autorización para poder funcionar, como la actividad financiera. La cancelación firme de la autorización es causal irreversible de disolución(14).

Un párrafo aparte merece la incorporación del art. 94 bis por la ley 26.994 que estipula que la reducción a uno del número de socios en principio no es causal de disolución en las sociedades en comandita simple, por acciones y de capital e industria. Se impone a estos tipos sociales la transformación de pleno derecho en sociedad anónima unipersonal, siempre y cuando los socios no decidan otra solución en un plazo de tres meses. Nada se dice respecto de la sociedad colectiva, ni de la sociedad de responsabilidad limitada.

2.2. Responsabilidad de los administradores y socios

Producida alguna de las causales de disolución, los administradores solamente pueden atender los asuntos urgentes y realizar las medidas necesarias para iniciar la liquidación de la sociedad. Si efectúan operatorias ajenas a esos fines, responden en forma ilimitada y solidaria, respecto de terceros y de los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de estos últimos por las obligaciones que deriven de su carácter de socio (art. 99, LGS).

2.3. Efectos de la disolución con respecto de terceros

La disolución de una sociedad constituida regularmente o de una sociedad no constituida según los tipos del cap. II, surte efecto respecto a terceros desde su inscripción en el Registro Público. En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones, se debe publicar previamente (arts. 98 y 10, LGS).

2.4. Remoción de las causales de disolución. Principio de conservación de la empresa

La ley 26.994 reforma parcialmente el art. 100, LGS. Establece que las causales de disolución pueden ser removidas mediante decisión del órgano

(14) Según Richard, E. - Muiño, O., "...tal resolución podría impugnarse judicialmente", en *Derecho societario*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 375.

de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, siempre y cuando la actividad de la sociedad tenga viabilidad económica y social. La resolución social debe adoptarse antes de la cancelación de la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las obligaciones asumidas.

En caso de duda sobre una causal de disolución, la norma establece que se está a favor de la subsistencia de la sociedad.

3. Liquidación

Es un proceso y un estado que implica una nueva situación jurídica para la sociedad, donde no se afecta su condición de sujeto de derecho, conserva su denominación, pero con el aditamento "en liquidación" y mantiene su domicilio y órganos sociales. En relación a su objeto se deben efectuar los actos necesarios para la realización del activo y cancelación del pasivo[15]. Se puede efectuar la venta aislada de cada uno de los bienes que forman el activo de la sociedad o mediante la venta del fondo de comercio a un tercero o a un socio; en este último caso se debe cumplir con la ley 11.867 (Transferencia de fondo de comercio).

El proceso liquidatorio puede realizarse en forma privada o contractual; o en forma judicial (quiebra de la sociedad o nombramiento de interventor judicial). También existen casos de supuestos especiales como las entidades financieras o las compañías de seguros, que se rigen por normas propias.

La sociedad en liquidación puede ser sujeto de concurso. El patrimonio social mantiene su individualidad jurídica frente a los patrimonios de los socios.

La personalidad de la sociedad en liquidación se mantiene, pero más restringida, a los efectos de realizar los actos tendientes a su liquidación final y cancelación (art. 101, LGS).

3.1. Liquidadores. Designación y cesación

En principio, la liquidación de la sociedad está a cargo del órgano de administración en funciones al momento de la liquidación; o designado por mayoría de votos, dentro de los treinta días de haber entrado la sociedad en liquidación, en reunión social o asamblea convocada por el órgano de gobierno. Si no se designan liquidadores, o si éstos no cumplen sus funciones,

(15) Según Vanasco, Carlos A., op. cit., p. 276: "Realizar el activo significa percibir los créditos que tenga la sociedad hacia terceros, vender los activos sociales, ya sea materias primas, maquinarias, inmuebles, marcas (...) todo cuanto resulte del inventario de la sociedad.

"Cancelar el pasivo significa saldar las deudas que tenga la sociedad a favor de terceros, satisfacer los impuestos y tasas por servicios y todo débito, gravamen, carga o imposición que resulte también del inventario social".

cualquier socio puede solicitarle al juez el nombramiento omitido o nueva elección. La designación judicial puede darse también en el caso de que el liquidador designado por los socios no cumpla con sus obligaciones. Dada esta situación, se puede realizar la petición en los términos del art. 113, LGS (intervención judicial).

Debe adecuar sus funciones, como consecuencia del cambio de circunstancias, en los términos del art. 101, LGS.

El nombramiento del liquidador debe ser inscripto en el Registro Público para ser oponible a terceros, salvo en los supuestos que los administradores tomen a su cargo la liquidación

El liquidador puede ser removido sin invocación de causa por las mayorías requeridas para su designación o judicialmente, a pedido de cualquier socio o el síndico en su caso (SRL y SA) invocando justa causa (art. 102, LGS).

3.2. Facultades y obligaciones del liquidador

El liquidador es el representante de la sociedad, con las limitaciones que resultan del cambio de objeto ocurrido por la disolución. Está facultado para realizar todos los actos necesarios para la realización del activo y cancelación del pasivo y distribuir el remanente entre los socios.

El liquidador no necesita conformidad alguna para realizar actos de disposición, ni aun en casos de inmuebles, salvo estipulación contractual en contrario. Puede celebrar nuevos contratos para favorecer la liquidación. Si realiza nuevas operaciones ajenas al trámite de liquidación, son inoponibles a la sociedad en los términos del art. 58, LGS.

3.3. Obligaciones del liquidador

1. Debe actuar utilizando el nombre social con el aditamento "en liquidación". La omisión de este requisito lo hace responsable en forma ilimitada y solidaria por los daños y perjuicios ocasionados (art. 105, LGS).

2. Dentro de los treinta días a partir de asumir el cargo, debe confeccionar un inventario y un balance y ponerlo a disposición de los socios, plazo que puede ser extendido hasta ciento veinte días, previa decisión de los socios. El incumplimiento de esta obligación constituye causal de remoción para el liquidador, pierde el derecho de remuneración y responde por los daños o perjuicios que pueda causar su actitud (art. 103, LGS).

3. Debe informar a los socios o a la sindicatura sobre el estado de liquidación cada tres meses. Si la liquidación se lleva a cabo judicialmente, se debe informar al juez de la causa, en los plazos indicados por éste en el momento en el que se designó al liquidador;

4. Tiene la obligación de confeccionar balances anuales, si la liquidación se prolonga más de un año (art. 104, LGS);

5. Cuando los fondos sean insuficientes para satisfacer las deudas, tiene el deber de exigir a los socios las contribuciones debidas de acuerdo con el tipo social o del contrato constitutivo (art. 106, LGS). En las sociedades donde los socios limitan su responsabilidad al monto aportado, el liquidador puede reclamar la integración del aporte comprometido o del capital suscripto, cuando ocurra un aumento de capital social.

El liquidador, al estar a cargo de la representación de la sociedad, y aunque sus funciones son diferentes al de un administrador en razón de la mutación del objeto social, debe actuar conforme a las pautas establecidas en el art. 59, LGS, o sea, con lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios.

3.4. Partición parcial

Los liquidadores pueden realizar una partición parcial, siempre y cuando todas las obligaciones sociales pendientes estén suficientemente garantizadas. También la pueden requerir, dándose esa condición, los accionistas que representen el 10 % del capital en las sociedades por acciones y cualquier socio en los demás tipos sociales. En caso de negativa de los liquidadores, la cuestión debe ser resuelta judicialmente.

Si se realiza una distribución parcial, se debe publicar en la misma forma y con los mismos efectos que el acuerdo de reducción de capital social (art 107, párr. 3°, LGS). La reducción de capital social se rige por el art. 204, LGS, que a su vez remite al art. 83, inc. 3°, LGS, dando derecho a los acreedores a oponerse a la distribución parcial en tanto no estén suficientemente garantizados.

3.5. Balance final y proyecto de distribución

Extinguido el pasivo social, es competencia de los liquidadores la confección de un balance final y del proyecto de distribución a los fines de extinguir las relaciones entre los socios.

El balance final debe ser confeccionado de acuerdo con el valor real de los bienes que componen el patrimonio social.

Primero corresponde el reembolso de las partes de capital a cada uno de los socios, y si hay excedente el mismo, se distribuye en proporción a la participación de cada socio en las ganancias, salvo disposición en contrario del contrato.

La distribución puede ser en dinero efectivo o en especie. En este último caso, se puede realizar siempre y cuando los liquidadores lo prevean en el proyecto y los socios lo aprueben.

A partir del momento en que los liquidadores ponen a disposición de los socios, por medio fehaciente, el balance final y el proyecto de distribución, en las sociedades no accionarias, cualquier socio tiene un plazo de 15 días para impugnarlos.

En el caso de SRL, cuyo capital social alcance el importe fijado en el art. 299, inc. 2°, LGS, y sociedades por acciones con sindicatura, los instrumentos deben ser suscriptos por el órgano de fiscalización, quien debe expresar su opinión al respecto en dictamen fundado y deben ser aprobados por el órgano de gobierno en asamblea extraordinaria (art. 235, inc. 4°, LGS)[16]. Los socios o accionistas disidentes o ausentes pueden impugnar el balance final y el proyecto de distribución en el plazo de 15 días, que comienza a contarse desde la clausura de la asamblea.

Producida la impugnación, tanto en el caso de las sociedades accionarias como no accionarias, los socios impugnantes cuentan con un plazo de 60 días para promover la acción judicial correspondiente. Si son varios los impugnantes, se acumulan todas las acciones.

Una vez aprobados el balance final y el proyecto de distribución, ambos documentos deben ser agregados al legajo de la sociedad en el Registro Público y proceder a la ejecución del proyecto de distribución (art. 111, LGS). Si transcurrido 90 días de la presentación de los documentos mencionados, los socios no reclaman la parte que les corresponde, el liquidador debe depositarla en un banco oficial a disposición de sus titulares. Transcurridos tres años sin ser reclamadas, ingresa a la autoridad escolar de la jurisdicción respectiva.

Por último la ley establece que terminada la liquidación, se procede a la cancelación de la inscripción en el Registro Público y se extingue la personalidad jurídica del ente. En cuanto a la conservación de libros y papeles, se establece que en defecto de acuerdo entre los socios, el titular del registro decide quien conserva los libros y demás documentos sociales por el plazo de 10 años (art. 328, ley 26.994).

La res. general 7/2005, de la Inspección General de Justicia, establece la cancelación de la inscripción de la sociedad sin liquidación por inactividad, cuando se dan los siguientes requisitos: 1. Que la sociedad lo solicite dentro de los cinco años de su inscripción; 2. Que se den las condiciones negativas que se señala: a) que luego de su inscripción no hayan efectuado ningún otro trámite registral, ni en su caso, presentado estados contables, y b) que tampoco hayan cumplido inscripción y/o presentación de ninguna especie a los fines de ningún régimen tributario o de contribuciones a la seguridad social que pudiera serles aplicables, ni, en general, hayan invocado y/o hecho valer las estipulaciones del contrato social a ningún efecto o efectuado

(16) Richard, E. - Muiño, O., op. cit., p. 389.

presentaciones de ningún tipo a las que puedan atribuirse tales alcances (art. 186, RG 7/2005).

3.6. Facultades de la autoridad de contralor

Según el art. 303, inc. 3°, LGS, la autoridad de contralor está facultada para solicitar al juez del domicilio de la sociedad la disolución y liquidación en los casos a que se refieren los incs. 3°, 4°, 5°, 8° del art. 94, LGS, y la liquidación en el caso del inc. 2° de dicho artículo.

4. Intervención judicial

La intervención judicial está relacionada con el órgano de administración de una sociedad, específicamente con su remoción.

Es una medida cautelar dentro del juicio de remoción, de carácter excepcional. Se puede adoptar en cualquier etapa del juicio principal. El objetivo de esta medida cautelar/transitoria es para evitar que los administradores, cuya destitución se persigue, realicen actos que dañen a la sociedad, mientras permanecen en el cargo y siguen manejando los asuntos sociales durante la sustanciación del juicio de remoción. Se trata de situaciones que manifiesten una gravedad tal, que se vea afectado el interés social[17].

Cabe recordar que las pautas de conducta de los administradores están establecidas en la LGS, en los arts. 58 y 59.

El régimen de designación y remoción de los administradores es tratado en forma específica en los distintos tipos sociales.

En las sociedades de personas (sociedad colectiva, en comandita simple y de capital e industria), la remoción de los administradores (art 129, LGS), sean socios o no, se aprueba por mayoría absoluta en cualquier tiempo sin invocación de causa, salvo pacto en contrario. Si el contrato requiere justa causa, el administrador conserva su cargo hasta la sentencia judicial. En este caso, aprobada la decisión por las mayorías requeridas, el administrador tiene dos alternativas: 1. aceptar la causal de remoción y retirarse del cargo, o 2. negar la existencia de dicha causal. Si ocurre esto último, conserva su puesto hasta la sentencia judicial que hace lugar a los cargos invocados para la destitución y se lo condene a abandonar su función. Por último, el art. 129, LGS, trata el supuesto del administrador cuyo nombramiento fue condición expresa de la constitución de la sociedad. Acá también se requiere justa causa para su remoción, pero los socios que no estén de acuerdo con la remoción, pueden ejercer el derecho de receso.

En la sociedad de responsabilidad limitada no se puede limitar la revocabilidad (art. 157, LGS). Al igual que en las sociedades de personas se

(17) Richard, E. - Muiño, O., op. cit., p. 307.

puede estipular en el contrato social la designación de un administrador como condición expresa de la constitución de la sociedad. Su remoción, en este caso, permite a los socios disconformes ejercer el derecho de receso. Si no hay cláusula pactada en estos términos, la remoción se aprueba por resolución social con mayoría de capital presente.

En el caso de las sociedades en comandita por acciones se aplica lo establecido en el art. 129, LGS.

En el caso de las sociedades anónimas, la remoción de los directores no puede ser condicionada, cualquier cláusula que la restrinja o limite es nula. Se realiza por medio de una asamblea ordinaria, cuya decisión se toma por mayoría absoluta de los votos presentes en ella.

Por último, en las sociedades no constituidas, según los tipos del cap. II y otros supuestos (art. 21, LGS, reformado por la ley 26.994), se establece que el contrato puede ser invocado entre los socios (art. 22, LGS, ley 26.994). Los socios pueden pactar cláusulas sobre designación y remoción de administradores.

Si bien la destitución de está en manos de los socios, el problema se suscita cuando el administrador, cuya remoción se persigue, se resiste a dejar su cargo y los socios deben recurrir a la justicia para lograrlo. En esta circunstancia, entra a funcionar la intervención judicial, cuya finalidad es darle al socio, una vez iniciado el juicio de remoción, la posibilidad de obtener del juez de la causa la fiscalización, el control o separación provisoria del administrador cuya destitución se persigue, hasta la sentencia definitiva[18].

4.1. Requisitos para la procedencia de la intervención judicial

Los requisitos básicos están establecidos en los arts. 113 y 114, LGS:

1. La intervención sólo puede ser requerida a petición de un socio de la sociedad; sin importar el porcentaje de participación que tenga en ella. Esta regla no se aplica para las sociedades en comandita por acciones, donde al socio comanditario se le exige que tenga una participación que represente no menos del 5 % del capital social, mientras que el comanditado no tiene restricción alguna, la puede solicitar cualquiera que sea su participación social.

2. El socio peticionante tiene que acreditar su calidad de tal, ya sea presentando un ejemplar del contrato de sociedad inscripto en el Registro Público, o las acciones o la constancia del libro de registro de acciones. Si se trata de las sociedades no constituidas, según los tipos del cap. II y otros supuestos, se aplica lo establecido en los arts. 22 y 23, LGS (reformados por la ley 26.994), se presenta el contrato o cualquier medio probatorio que tenga.

---

(18) Vanasco, Carlos A., op. cit., p. 433.

3. Que el administrador o administradores realicen actos o incurran en omisiones que pongan en peligro grave a la sociedad, y esta inconducta provoca un serio perjuicio al patrimonial social y a los intereses sociales.

4. El socio debe acreditar que ha agotado los recursos acordados por el contrato social, como, por ejemplo, que ha intimado al administrador para que cese su conducta indebida y éste no lo ha hecho; haber puesto en conocimiento de los demás socios la conducta indebida del administrador, para que deliberen sobre esta situación y lo remuevan, sin haberlo logrado.

5. Que antes de pedir la intervención, haya iniciado la acción de remoción de los administradores que ponen en peligro grave a la sociedad.

6. El art. 116, LGS, dispone que el peticionante debe prestar una contracautela, que fija el juez, de acuerdo con las circunstancias del caso y los perjuicios que la medida pueda causar a la sociedad. Como la intervención judicial es una medida precautoria, que puede producir serios perjuicios a una sociedad si se pide sobre la base de hechos falsos o inexistentes, la prestación de una contracautela tiende a asegurar la eventual responsabilidad de la parte que obtuvo la medida cautelar. Como posibles garantías, el juez puede pedir una caución juratoria, donde el peticionante se hace responsable de los daños y perjuicios, si ha solicitado la medida cautelar sin derecho, o una garantía personal o real, si la situación requiere una garantía de mayor entidad[19].

4.2. Clases de intervención judicial

El art. 115, LGS, establece distintas clases de intervención judicial: a) designación de un mero veedor; b) designación de uno o varios coadministradores, o c) designación de uno o varios administradores.

4.3. Funciones de cada clase de intervención

4.3.1. Veedor

Su tarea es simplemente controlar, fiscalizar y vigilar la gestión de los administradores. Tiene la facultad de examinar la documentación contable y libros sociales, con el propósito de informar al juez en forma precisa la situación económica y social de la sociedad. Su labor es informativa, puede señalar al juez irregularidades que pueda advertir en el manejo de los negocios sociales o actos de inconducta por parte de los administradores.

4.3.2. Los coadministradores actúan juntamente con los administradores designados por los socios

El interventor tiene las mismas facultades que los administradores naturales e interviene en todos los actos de la gestión social. El interventor

(19) Vanasco, Carlos A., op. cit., p. 460.

puede oponerse a la realización de los actos de administración con los cuales no está de acuerdo y que no respondan a las instrucciones impartidas por el juez que lo nombró.

4.3.3. La designación de un administrador judicial

Ocurre cuando los hechos denunciados y acreditados son de gravedad. Es la medida más extrema, ya que implica la sustitución del administrador designado por los socios por uno judicial. Tiene las mismas facultades que el administrador social, no pueden ser más extensas que las que otorgan la ley o el contrato. Su tarea es normalizar la marcha de la sociedad, no puede realizar actos de administración extraordinaria o de disposición[20], [21].

---

(20) RICHARD, E. - MUIÑO, O., op. cit., p. 311.

(21) CNCom., sala D, 30/10/2014, "Regueira, Adela Carmen v. Diesel San Miguel SACIFIA s/medidas precautorias s/incidente de apelación art. 250 CPR", "...si bien es cierto que ante una solicitud cautelar no es exigible la demostración integral de los extremos en que se funda la acción de fondo, sí es necesario acreditar los presupuestos propios de aquélla (art. 252, LSC), entre los que se encuentra la exigencia de una fundamentación suficiente (CNCom., sala C, 14/7/2011, 'Regueira, Adela Carmen v. Antonio Regueira SA y otros s/ordinario s/incidente de apelación - art. 250, CPCC'; esta sala, 17/11/2011, 'Regueira, Adela Carmen v. Criadores del Centro SA y otro s/medida precautoria')...".

"...de las explicaciones brindadas por los administradores en la memoria aludida anteriormente, surge una motivación concreta y circunstanciada del destino propuesto para los resultados obtenidos y las reservas legales y facultativas, sin que de ella pueda colegirse —en el estrecho marco cognoscitivo de este pronunciamiento— el incumplimiento de la normativa vigente o la afectación de derechos de terceros por la argüida falta de explicaciones suficientes".

"...la intervención judicial de una sociedad constituye una medida cautelar que debe ser evaluada con suma prudencia y criterio restrictivo, pues importa la intromisión e interferencia en la vida interna del ente societario (esta sala, 15/12/2005, 'Galván, Daniel Omar y otro v. Microómnibus Barrancas de Belgrano y otros s/medidas cautelares s/inc. de apelación'; sala B, 16/10/2003, 'Desalvo, Claudia y otro v. Clase SA y otros s/ordinario')..." (elDial.com - AA8BBA).

CNCom., sala F, 47/5/2014, "Ayan Mónica Angélica v. Caños Luz SA s/medida precautoria", "...no puede desconocerse que la *intervención judicial* —en cualquiera de las formas previstas legalmente—, es un instituto con características singulares y de excepción: la ley 19.550 la legisla, exclusivamente, en protección de la *sociedad* para los casos en que los actos de los administradores pongan en peligro sus derechos —arts. 113 y 114—. Su procedencia concurre, entonces, siempre que se acredite la presencia de un riesgo calificado como grave y que ponga en peligro la existencia misma del ente, lo cual implica que no cualquier tipo de irregularidad justifica la *intervención*".

"...sin que implique aventurar pronunciamiento sobre la materia que constituirá sustrato del juicio principal, las circunstancias denunciadas alrededor del manejo societario, aun cuando indiciarias, importan *in genere* un eventual peligro para el interés social. La adjudicación, entonces, de hechos de índole administrativa o de gestión social de tinte irregular ameritarán, en este especial contexto fáctico, la confirmación del temperamento adoptado en la instancia de grado".

"La revelación de los datos colectados en el testimonio, interpelado libremente por el *a quo*, permiten establecer la existencia de indicios que conducen a considerar plausible

4.4. Intervención a solicitud de la autoridad de contralor

En el caso de sociedades anónimas, la autoridad de contralor está facultada, según el art. 303, LGS, para solicitar al juez del domicilio de la sociedad la intervención de su administración cuando se realicen actos en violación de la ley, del estatuto o reglamento (art. 302, LGS), cuando ella haga oferta pública de sus títulos valores y también en las sociedades anónimas que no están incluidas en el art. 299, conforme a lo establecido en el art. 301, LGS, cuando lo considere necesario, según resolución fundada, en resguardo del interés público.

Por último, cabe manifestar que el juez debe apreciar la procedencia de la intervención judicial con un criterio restrictivo (art. 115, LGS).

4.5. Los procesos de reorganización societaria. Su importancia en la economía moderna

La producción y el consumo masivo han determinado el crecimiento extraordinario de las empresas. Esto, sumado a factores de competencia y luchas de predominio entre ellas, ha llevado a que en la búsqueda de un adecuado dimensionamiento para su mayor eficiencia, se hallasen formas de concentración, ya no de medios y capitales sino de las organizaciones empresariales mismas.

Este fenómeno económico, llamado de concentración empresaria, se presenta en el mundo jurídico a través de fórmulas variadas y diversas, que a menudo resulta difícil desglosar adecuadamente para su clasificación. Podemos hablar, sin que esto implique precisión de: a) *métodos que no alteran la estructura jurídica de las sociedades*: son aquellas que sin afectar internamente al sujeto de derecho sociedad, crea una relación entre dos o más sociedades por las que casi siempre una ejerce, por distintas vías, una posición dominante sobre la otra u otras, las que a su vez se encuentran en una situación dependiente de la primera; b) *métodos contractuales*: son los que nacen de contratos, por los que las sociedades se obligan entre sí de diversos modos, estableciendo lo que se puede denominar una relación de colaboración, en las que en principio no existe supremacía jurídica de ninguna, y c) *métodos que alteran la estructura jurídica de las sociedades*: la fusión, la escisión y a veces la transformación(22).

---

el relato de la actora en torno del aparente desmanejo o al menos, confusión negocial y que la medida adoptada resulta, en este estado y con las constancias hasta aquí arrimadas —entre las cuales se encuentra el informe de la interventora [...]—, indispensable para evitar los perjuicios que la actora adujo" (elDial.com - AA8822).

(22) Zaldívar, Enrique y otros, *Cuadernos de Derecho Societario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, ps. 1/3.

5. Transformación

El art. 74, LGS, dice: "hay transformación cuando una sociedad adopta otro de los tipos previstos. No se disuelve la sociedad ni se alteran sus derechos y obligaciones".

El instituto de la transformación es una operación de técnica jurídica que permite el cambio de un tipo social a otro sin tener que pasar por el proceso de disolución, consiguiente liquidación societaria y constitución de una nueva sociedad, continuando el mismo sujeto de derecho con el mismo domicilio, misma razón social. Persisten las mismas relaciones contractuales preexistentes, pero bajo la nueva estructura(23).

Responde al principio de conservación de la empresa, ya que mantiene su personalidad jurídica bajo otro tipo social. Se encuentra regulado en los arts. 74 a 81, LGS.

En una sociedad, los socios pueden, a través de su órgano de gobierno, adoptar resoluciones que implican modificaciones del contrato social, tal como el cambio de objeto, la modificación del capital social aumentándolo o disminuyéndolo, el cambio de razón social o denominación, etc.; modificaciones todas que no afectan la estructura jurídica del sujeto de derecho, en cuanto al tipo societario elegido originariamente por los socios.

Pero puede ocurrir que los socios, en un determinado momento de la vida societaria, decidan que la estructura jurídica dada, por ejemplo, una sociedad colectiva, es inadecuada para la envergadura de sus operaciones que requieren una organización jurídica más compleja, como una sociedad de responsabilidad limitada o una sociedad anónima. El camino también puede ser a la inversa y pensar que necesitan pasar de una organización

---

(23) CNCom., sala D, 20/11/2014, "SIMOA SA s/quiebra". "En materia societaria la *transformación* implica la adopción por parte de un ente de otro de los 'tipos sociales' regulados por la ley, y que en esa operación la persona jurídica no se disuelve ni se modifican sus derechos y obligaciones por lo que, en definitiva, la nueva sociedad no es sino una 'continuadora' de la anterior (Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho societario. Parte general. Transformación de sociedades*, ps. 217/223, Buenos Aires, 2006), de suerte que Simoa SA resulta la titular de la marca registrada por Simoa SRL". "Por otra parte el Instituto Nacional de Propiedad Intelectual (INPI) informó que la marca 'La Casa del Audio' figura a nombre de Simoa SRL hasta el año 2018, y tal circunstancia resulta dirimente para decidir el punto, habida cuenta que, conforme nuestro ordenamiento en la materia, la propiedad de una marca y la exclusividad de su uso se obtienen mediante el correspondiente registro (art. 4, ley 22.362) y, por ende, los efectos de una eventual transferencia sólo pueden oponerse frente a terceros con su inscripción en el INPI (art. 6; Etcheverry, R. y Chomer, H., *Código de Comercio y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 6, Buenos Aires, 2006, ps. 207 y ss.), de modo que la transferencia —hecha en el caso a favor del señor Catalán— resulta inoponible a la masa de acreedores por su falta de inscripción" (elDial.com - AA8E03).

jurídica compleja a una menos estructurada, por ejemplo, de una sociedad anónima a una sociedad de responsabilidad limitada.

El cambio de tipo social se decide por las mayorías exigidas en la ley para cada tipo societario, o lo previsto en el contrato social en su caso. Por lo que podemos decir que la transformación es el instituto que permite modificar la estructura jurídica originaria de una sociedad a otra forma jurídica distinta, con la característica de que conserva su personalidad en tanto no hay extinción del ente societario, y tampoco hay transferencia del patrimonio, sino que es la misma sociedad que continúa bajo otro tipo societario.

5.1. Requisitos

El art. 77, LGS, señala los requisitos que deben cumplirse para que opere la transformación de un tipo social a otro tipo social:

1. La existencia de una sociedad típica y regular(24).

2. La resolución por parte del órgano de gobierno de la sociedad de adoptar otro de los tipos societarios previstos en la LGS, decisión que debe adoptarse por las mayorías requeridas en cada uno de los tipos sociales para la reforma del contrato social.

3. La confección de un balance especial, cerrado a una fecha que no exceda de un mes a la del acuerdo de transformación, y que debe ser aprobado por las mismas mayorías establecidas para la aprobación de los balances de ejercicio. La confección de este balance es previa a la reunión del órgano de gobierno que decide la transformación. La ley establece que debe ser puesto a disposición de los socios en la sede social con una antelación de quince días a la fecha estipulada para la reunión del órgano de gobierno, porque en el caso de decidirse la transformación, también se debe decidir sobre la aprobación o no de dicho balance por las mayorías requeridas para la aprobación de los balances de ejercicio.

Por otra parte, lo que está indicando la ley con la expresión "balance especial" es que se trata de uno que no se confecciona conforme a las técnicas contables usuales para la realización de un balance de ejercicio, sino de acuerdo con los valores reales de los activos y pasivos en el mercado, incluyendo el *avviamiento*. La exigencia legal apunta a precisar, al momento de la transformación, el patrimonio real de la sociedad.

4. Una vez acordada en la reunión de socios o en la asamblea de accionistas la transformación societaria y aprobado el balance de transformación, y siempre y cuando no exista impedimento para la adopción de un nuevo tipo, lo que generalmente obedece a la especialidad del objeto que se

(24) El instituto de la transformación no se aplica a las sociedades reguladas en el cap. 1, sección IV, arts. 21 a 26, LGS.

quiere llevar a cabo, como, por ejemplo, seguros, bancos, que requiere de la estructura de la sociedad anónima específicamente o de la cooperativa, el paso que sigue es la instrumentación de la transformación por el órgano social competente, que es el de administración y representación. Debe dejarse constancia de los que ejercitan el derecho de receso y las disposiciones contractuales o estatutarias correspondientes al nuevo tipo social adoptado.

5. Cumplida la instrumentación necesaria, se debe realizar la publicación de la transformación societaria adoptada, por un día, en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción que corresponda a la sede social, publicación que debe contener los datos estipulados en los incs. a), b), c), d) y e) del punto 4 del art. 77, LGS.

6. Realizada la publicación, se debe inscribir el instrumento que acuerda la transformación junto con el balance especial confeccionado a tal efecto y aprobados por el órgano de gobierno respectivo en el Registro Público. Ello, sin perjuicio de las inscripciones que puedan corresponder en los demás registros de acuerdo con la naturaleza de los bienes que conforman el patrimonio de la sociedad transformada (Registro de la Propiedad Inmueble, etc.).

Los socios que votaron en contra del acuerdo, o estuvieron ausentes, pueden ejercer el derecho de receso (art. 78, LGS). El valor que corresponde reembolsar se determina conforme al balance especial de transformación. Tampoco se modifican las preferencias de los socios (art. 79, LGS).

5.2. Caducidad del acuerdo de transformación

La inscripción en el Registro Público debe efectuarse en el plazo de tres meses de haberse celebrado el acuerdo de transformación, constituyendo un plazo de caducidad que trae como consecuencia o sanción, dejar sin efecto el acuerdo de transformación, salvo que se hubiese iniciado el proceso de inscripción registral y el plazo de tres meses resultase excedido por el normal cumplimiento de los trámites ante la autoridad que debe intervenir o disponga la inscripción (art. 81, LGS). Para el caso de haberse procedido a la publicidad del acuerdo de transformación y luego devenir el abandono del *iter* registral, debe efectuarse una nueva publicación, al solo efecto de anunciar la caducidad de la transformación. Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria por los perjuicios derivados del incumplimiento de la inscripción o de la publicación (art. 81, LGS).

La Inspección General de Justicia establece, según la RG 7/2005, el deber de obtener la respectiva conformidad administrativa, previa a la inscripción en dicho Registro Público.

5.3. Rescisión de la transformación

Lo que hace definitiva a la transformación societaria es la inscripción en el Registro Público. Hasta dicho momento, los socios pueden decidir de-

jar sin efecto el acuerdo de transformación mediante una resolución contraria, por las mismas mayorías necesarias para aprobar la transformación, conforme a cada uno de los tipos societarios. Si se hubiese publicado, se debe disponer una nueva publicación a efectos de hacer saber la rescisión, terminología que algunos autores critican, ya que según ellos, lo correcto es hablar de revocación o desistimiento de la transformación (art. 80, LGS).

5.4. Efectos

La transformación no altera la personalidad ni los derechos y obligaciones de los socios o de los terceros. No modifica la responsabilidad solidaria e ilimitada anterior de los socios, aun cuando se trate de obligaciones que deban cumplirse con posterioridad a la adopción del nuevo tipo, salvo aceptación expresa de los acreedores (art. 75, LGS). Por otro lado, el art. 76 establece: "si en razón de la transformación existen socios que asumen responsabilidad ilimitada, esta no se extiende a las obligaciones sociales anteriores a la transformación, salvo que la acepten expresamente".

5.5. Transformación de pleno derecho según el art. 94 bis, LGS

El art. 94 bis, incorporado a LGS por la ley 26.994, dice: "la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal, sino se decidiera otra solución en el término de tres meses".

6. Fusión

El art. 82, LGS, establece: "hay fusión cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse para constituir una nueva, o cuando una ya existente incorpora a otra u otras, que sin liquidarse, son disueltas".

El concepto legal, más que darnos una idea del proceso que la fusión implica, apunta a describir las modalidades que puede adoptar la misma: fusión propiamente dicha y fusión por absorción. En ambos casos, el fenómeno resultante es la fusión, pero hay marcadas diferencias de procedimiento.

6.1. Clases de fusión

La LGS reglamenta dos clases de fusión:

1. *La fusión propiamente dicha* o fusión por constitución o consolidación, o simplemente fusión. Se produce cuando dos o más sociedades se disuelven para formar con la unión de sus patrimonios una nueva sociedad con su correspondiente personalidad, desapareciendo, como sujetos de derecho, las sociedades disueltas, sin solución de continuidad entre extinción y creación.

Ahora bien, los socios de la nueva sociedad constituida son los socios de las sociedades disueltas, cuyas participaciones sociales en ella surgen de un cálculo matemático basado en la relación existente entre los patrimonios netos de las sociedades que se fusionan. A tal fin, debe constar en el compromiso de fusión la relación de cambio entre las participaciones sociales, cuotas o acciones (art. 83, LGS).

2. *La fusión por absorción* se produce cuando una sociedad existente incorpora a una o más sociedades, las que sí se disuelven para transferir sus patrimonios a la primera. En consecuencia, la que permanece vigente incorpora dichos patrimonios produciendo un aumento del capital social.

Los socios de las sociedades absorbidas pasan a ser socios de la sociedad absorbente, recibiendo las correspondientes participaciones sociales de la sociedad que los integra, de acuerdo con lo que resulte de la relación de canje.

En ambas clases de fusión, no obstante las diferencias de procedimiento, el efecto es el mismo, ya que en los dos casos se unifican los patrimonios, socios y relaciones jurídicas que hacen a la esencia de la fusión.

6.2. Requisitos

La LGS, en su art. 83, regula el proceso de fusión.

Cabe destacar que la realización de una u otra operación —fusión o absorción— requieren de un largo proceso que comienza por negociaciones y acuerdos previos, muchas veces reservados.

6.2.1. Compromiso previo de fusión

Constituye un preacuerdo firmado por los representantes legales de las sociedades partícipes, donde deben constar las bases mínimas que han de regir la fusión y que se encuentran detalladas en los incs. a), b), c), d) y e) del apart. 1° del art 83, LGS, pudiendo los administradores introducir todos los datos y elementos que consideren oportunos para mejor información de socios y terceros.

Debe contener:

a) *La exposición de los motivos y finalidades de la fusión* (art. 83, apart. 1°, inc. a], LGS). Los motivos pueden ser, entre otros, la falta de capital, la falta de tecnología adecuada o la necesidad de una estructura más amplia y las finalidades, lograr una mayor expansión en el mercado interno o introducirse en el mercado externo.

b) *los balances especiales de fusión de cada sociedad, preparados por sus administradores, con informes de los síndicos en su caso, cerrados en una misma fecha que no debe ser anterior a tres meses a la firma del compromiso*

y confeccionados sobre bases homogéneas y criterios de valuación idénticos (art. 83, apart.1°, inc. b], LGS).

Estos documentos son de gran relevancia para que los socios y los terceros puedan conocer la real situación patrimonial de las sociedades involucradas en la fusión. Por eso, la ley establece que deben ser confeccionados sobre bases homogéneas —misma estructura de cuentas— y criterios de valuación idénticos —mismo criterio: valor de compra o de mercado—. Esto permite comparar los balances bajo un mismo patrón.[25]

También se requiere que los balances cierren a una misma fecha, la que no puede ser anterior a tres meses a la fecha del compromiso de fusión, lo que se sustenta en evitar que se produzcan oscilaciones importantes en el patrimonio de las sociedades.

c) *La relación de cambio de las participaciones sociales, cuotas o acciones.* Teniendo en cuenta que uno de los efectos de la fusión es la transferencia de la calidad de socio de las sociedades fusionantes, a la nueva sociedad o a la absorbida, en el compromiso previo de fusión debe establecerse la relación de cambio de las participaciones sociales, o sea, la proporción que le corresponde a los socios de las sociedades fusionantes en la nueva sociedad o en la absorbente. Constituye un cálculo matemático contable que debe ser aprobado por el órgano de gobierno.

d) *El proyecto de contrato o estatuto de la nueva sociedad o de modificaciones del contrato o estatuto de la sociedad absorbente según el caso.* En el caso de fusión propiamente dicha, el compromiso de fusión debe contener el proyecto del contrato de la nueva sociedad, conforme al nuevo tipo social a adoptar. En el caso de fusión por absorción, el compromiso de fusión debe contener el proyecto de reforma al estatuto social de la absorbente.

e) *Las limitaciones que las sociedades convengan en la respectiva administración de sus negocios y las garantías que establezcan para el cumplimiento de una actividad normal en su gestión, durante el lapso que transcurra hasta que la fusión se inscriba.* La regla general que regula el régimen de administración hasta la conclusión del proceso de fusión es la del art. 84, LGS, que establece: "al órgano de administración de la sociedad creada incumbe la ejecución de los actos tendientes a cancelar la inscripción registral de las sociedades disueltas, sin que se requiera publicación en ningún caso", y en cuanto a la fusión por absorción expresa: "la ejecución de los actos necesarios para cancelar la inscripción registral de las sociedades disueltas, que en ningún caso requieren publicación, compete al órgano de administración de la sociedad absorbente"[26]. La norma no reviste carácter imperativo, pu-

(25) Vanasco, Carlos A., op. cit., p. 316.

(26) CNCont. Adm. Fed., sala I, 13/11/2014, "Cablevisión SA v. EN – AFIP DGI, res. 336/10 (RNOR) res. 24/08 s/proceso de conocimiento", "...una vez disuelta la sociedad absorbida o fusionante corresponderá al órgano de administración de la sociedad absor-

diendo las sociedades fusionantes pactar otra cosa. Es posible que se establezcan limitaciones a las facultades de los administradores y se refuercen las garantías hasta la inscripción de la fusión.

El compromiso previo de fusión y los balances especiales deben ser aprobados por el órgano de gobierno de las sociedades participantes, con los requisitos necesarios para la modificación del contrato social o estatuto, a cuyo efecto deben quedar copias en la sede social a disposición de los socios con no menos de quince días de anticipación para su consideración.

Aprobado el compromiso previo de fusión, corresponde la publicidad por el plazo de tres días en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción de cada sociedad y en un diario de circulación masiva. La publicación debe contener los requisitos indicados en el art. 83, apart. 3°, LGS. Tal publicación tiene por fin dar a conocer a los terceros, fundamentalmente a los acreedores de las sociedades fusionadas la concentración empresaria proyectada, a los efectos que tomen las medidas que correspondan.

Los acreedores de las sociedades fusionadas tienen el derecho de manifestar su oposición, sin que la misma constituya un obstáculo para que continúe el proceso de fusión. Frente a la oposición de un acreedor pueden darse tres supuestos: a) que sus créditos le sean satisfechos; b) que sus créditos sean garantizados, y c) que no suceda ni lo uno ni lo otro, caso en el cual pueden obtener un embargo judicial sobre los bienes de su deudora para poder así cobrar sus acreencias, que si bien no le otorga una garantía absoluta, le da la preferencia de embargo para el caso de remate de dichos bienes[27].

6.3. Acuerdo definitivo de fusión

El acuerdo definitivo de fusión debe ser otorgado por los representantes de las sociedades, una vez cumplidos los requisitos del acuerdo previo de fusión, su aprobación y publicidad. Debe contener las resoluciones aprobatorias de la fusión; la nómina de los socios que ejercieron el derecho de receso y capital que representen en cada sociedad; la nómina de los acreedores que se hayan opuesto y fueron garantizados, de los desinteresados y de lo

---

bente o fusionaria ejercer los derechos y acciones que antes de la fusión correspondían a la primera, porque conforme surge del texto del artículo 84 de la 19.550 'salvo que en el compromiso previo se haya pactado en contrario, desde el acuerdo definitivo la administración y representación de las sociedades fusionantes disueltas estará a cargo de los administradores de la sociedad fusionaria o de la incorporante, con suspensión de quienes hasta entonces la ejercitaban, a salvo el ejercicio de la acción prevista en el artículo 87'. Así ha sido interpretado por uniforme jurisprudencia (cfr. Cámara Nacional en lo Comercial, sala B, causa 'La Central de Tres Arroyos SA v. Manufactura de Tabacos Particulares SA', con sentencia del 3/6/1983; entre otros" (elDial.com. AA8CA9).

(27) Vanasco, Carlos A., op. cit., p. 326.

que hubieran obtenido embargo judicial[28]. Se agregarán los balances especiales y el balance consolidado de las sociedades que se fusionan.

Este acuerdo debe ser inscripto en el Registro Público para que concluya el proceso de fusión.

6.4. Efectos

El art. 82, LGS, en su párr. 2°, establece: "la nueva sociedad o la incorporante adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas produciéndose la transferencia total de sus respectivos patrimonios al inscribirse en el Registro Público el acuerdo definitivo de fusión y el contrato o estatuto de la nueva sociedad o el aumento de capital que hubiere tenido que efectuar la incorporante".

1. En el caso de la fusión propiamente dicha los efectos son:

a) la disolución sin liquidación de las sociedades fusionadas, lo que significa que todos los bienes —activo y pasivo— se transfieren, no como aportes, sino como una transferencia a título universal, que se realiza por el procedimiento regulado en los arts. 83 y ss. de la LGS.

b) la constitución de una nueva sociedad (art. 84, LGS).

c) la nueva sociedad pasa a ser la titular de los derechos y obligaciones de las fusionadas, lo que significa ser propietaria de los activos y deudora de las obligaciones asumidas por las mismas con anterioridad a la fusión.

2. Para el caso de fusión por absorción:

a) disolución sin liquidación de las sociedades absorbidas.

b) la incorporación en bloque de los patrimonios de las absorbidas a la absorbente, que realiza un aumento de capital social.

c) que la sociedad absorbente pasa a ser la titular de los derechos y de las obligaciones de las absorbidas.

Lo que es común a ambas clases de fusión es la transferencia universal del patrimonio de las sociedades fusionadas a la fusionaría o de las absorbidas a la absorbente, por lo que la nueva sociedad o la incorporante asumen todas las obligaciones de las sociedades disueltas, sin que sea necesario cumplimentar las formalidades propias de los traspasos particulares, sea de bienes o de derechos.

6.5. Revocación de compromiso de fusión

El compromiso previo de fusión puede ser dejado sin efecto por cualquiera de las partes, si no se obtienen todas las resoluciones sociales aproba-

---

(28) Richard, E. - Muiño, O., op. cit., t. II, p. 275.

torias en el término de tres meses, desde la suscripción del mismo. A su vez, las resoluciones aprobatorias del compromiso pueden ser revocadas por los correspondientes órganos de las sociedades intervinientes, mientras no se haya otorgado el acuerdo definitivo, con los mismos recaudos establecidos para su celebración, y siempre que no causen perjuicios a las sociedades, los socios y los terceros (art. 86, LGS)[29].

6.6. Rescisión de la fusión

Según el art. 88, LGS, cualquiera de las sociedades interesadas puede demandar la rescisión del acuerdo definitivo de fusión por justos motivos (por ejemplo, el descubrimiento de pasivos ocultos en alguna de las sociedades intervinientes), hasta la inscripción registral. La demanda debe interponerse en la jurisdicción que corresponde al lugar donde se realizó el acuerdo.

7. Escisión

La escisión es una forma de agrupación empresaria. Desde el punto de vista jurídico, la escisión comprende una reorganización de una sociedad en distintos sujetos jurídicos. No siempre significa la disgregación de una empresa con la finalidad de desprenderse de sus partes, ya que los socios son los mismos, en las distintas sociedades creadas por efecto de la escisión. Es también una nueva forma de organización de la actividad económica de una o varias sociedades.

7.1. Clases de escisión

El art. 88, LGS, regula las distintas clases de escisión:

a) La escisión incorporación tiene lugar cuando una sociedad sin disolverse (sociedad escindente) destina parte de su patrimonio a otra sociedad (sociedad escisionaria) ya existente. Este proceso implica, para la sociedad escindida, una reducción de capital proporcional al patrimonio afectado a la nueva sociedad, mientras que esta última debe incrementar su capital para dar entrada a ese bien y poder atribuir la correspondiente participación social a los socios de la sociedad escindida[30] (art. 88.I, LGS).

b) La fusión escisión se da cuando una sociedad sin disolverse participa con otra u otras en la creación de una nueva sociedad con parte de sus respectivos patrimonios. Implica también una reducción de capital social de las sociedades escindentes proporcional al patrimonio destinado a la

(29) Nissen, Ricardo, ob. cit., p. 269.

(30) Nissen, Ricardo, ob. cit., p. 270. Zaldívar, Enrique y otros, *Cuadernos de Derecho Societario*, cit., vol. IV, p. 171.

creación de la nueva sociedad. Los socios de ambas sociedades adquieren la calidad de socios de la nueva sociedad (art. 88.I, LGS).

c) La escisión propiamente dicha tiene lugar cuando una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para la creación de una o varias sociedades nuevas (art. 88.II, LGS).

d) En este último supuesto, una sociedad se disuelve sin liquidarse para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades (art. 88.III, LGS).

En la escisión las partes sociales y acciones correspondientes a la participación en la sociedad que se crea o que recibe parte del patrimonio, se atribuyen directamente a los accionistas de la sociedad escindente (31).

7.2. Requisitos (32)

Los requisitos pueden variar según se trate de una escisión propiamente dicha o de una escisión-fusión. En este último supuesto, el art. 88, LGS, último párrafo, estipula que se aplican las disposiciones de los arts. 83 a 87, LGS (normativa aplicada a la fusión).

1. Resolución social aprobatoria del estatuto de la escisionaria, si ésta se creara y de la reforma del contrato de la escindente, conforme a las mayorías requeridas en cada tipo social para este tipo de decisiones (art. 88, inc. 1°, LGS).

2. Aprobación de un balance especial, que no debe ser anterior a tres meses de su resolución social aprobatoria y debe ser confeccionado como un estado de situación patrimonial. Contendrá los valores reales que integran el patrimonio social. La resolución aprobatoria debe incluir la atribución de las partes sociales o acciones de la sociedad escisionaria a los socios o accionistas de la sociedad escindente, en proporción a sus participaciones en ésta, las que se cancelan en caso de reducción de capital (art. 88, incs. 2° y 3°, LGS).

---

(31) Nissen, Ricardo, ob. cit., p. 271.

(32) CNCom., sala D, 5/2/2013, "Inspección General de Justicia v. Commercial Carpets SA s/organismos externos". "Los requisitos que deben exigirse para la concreción de una *escisión* societaria (conf. LS: 88), sucintamente son: la resolución social aprobatoria de tal decisión que incluirá la atribución de las partes sociales y el balance especial de *escisión*; la publicación de un aviso en el diario de publicaciones legales de la sede social y en un diario de mayor circulación general en la República. Vencidos los plazos de oposición, será otorgado el documento que instrumente el acto de *escisión* y la constitución de la *sociedad escisionaria*, finalizando el proceso con las inscripciones en el Registro Público de Comercio y los demás registros que correspondan por el tipo de *sociedad* y la naturaleza que integran el patrimonio y sus gravámenes, según lo previsto por la LS: 84 (Otaegui, Julio C., 'Fusión y *escisión* de *sociedades* comerciales', ED, 102-272)" (elDial.com - AG321).

3. Publicación por tres días en el diario de publicaciones legales correspondiente a la sede social de la sociedad escindente y en uno de mayor circulación en la República. Debe contener: a) la razón social o denominación, sede y datos de inscripción de la sociedad que se escinde, b) la valuación del activo y pasivo de la sociedad e indicar la fecha a que se refiere esa determinación; c) la valuación del activo y pasivo del patrimonio que se destina a la nueva sociedad, d) la razón social o la denominación, tipo y domicilio de las sociedad escisionaria.

7.3. Efectos

Los acreedores pueden oponerse al acuerdo de escisión (art. 88, inc. 5°, LGS). Éstos deben ser garantizados, conforme a lo establecido en el art. 83, inc. 4° LGS.

Los socios pueden ejercer el derecho de receso y de preferencia según las disposiciones de los arts. 78 y 79, LGS.

Una vez vencidos los plazos correspondientes al ejercicio del derecho de receso y de oposición, y embargo de los acreedores, se practicarán las inscripciones en la misma forma que para la fusión.

Síntesis

1. Resolución parcial

1.1. La resolución parcial significa que el contrato termina para uno de los socios, continuando la sociedad con los restantes socios. Al socio que se retira se le reembolsa su parte social.

1.2. Causales: I. *contractuales* (art. 89, LGS).

II. *muerte de un socio*: Esta causal de resolución se aplica a las sociedades de personas (art. 90, LGS) y a la SRL (art. 155, LGS).

III. *exclusión de socio*: debe existir justa causa (arts. 91 a 93, LGS).

La ley 26.994 reforma el art. 93, LGS, que regula la exclusión en sociedades de dos socios. Establece que el socio inocente asume el activo y pasivo sociales, sin perjuicio de la aplicación del art. 94 bis, incorporado por la ley 26.994, donde se norma que la reducción a uno del número de socios no es en principio causal de disolución.

2. Disolución

2.1. La disolución es la resolución total del contrato.

2.2. Causales: I. *contractuales* (art. 89, LGS).

II. *legales* (art. 94 LGS).

III. *disolución judicial* (art. 97 LGS)

- La ley 26.994 reforma el art. 94, LGS, eliminando como causal de disolución la reducción a uno del número de socios.

- Agrega el art. 94 bis: "la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita simple o por acciones y de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal, si no se decidiera otra solución en el término de tres (3) meses". No están contempladas en esta norma la sociedad colectiva ni la sociedad de responsabilidad limitada.

- También se introduce una reforma en el art. 100, párr. 1°, LGS: "las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad social".

- La ley 26.994 reforma la sección IV del cap. I, LGS, que regula a las sociedades no constituidas según los tipos del cap. II, arts. 21 a 26, LGS. El art. 25, LGS, establece, en relación a la disolución y liquidación de estas sociedades: "cualquier socio puede provocar la disolución de la sociedad cuando no media estipulación escrita del pacto de duración, notificando fehacientemente la decisión a todos los socios. Sus efectos se producen de pleno derecho entre los socios a los noventa días de la última notificación. Los socios que deseen permanecer en la sociedad deben pagar a los salientes su parte social. La liquidación se rige por las normas del contrato y de esta ley".

- En el caso de vencimiento del plazo de duración (art. 94, inc. 2°, LGS), la ley regula la prórroga y la reconducción como alternativas para la continuación de la sociedad (art. 95, LGS).

- En el caso de pérdida de capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento (art. 96, LGS).

3. Liquidación

La liquidación es un proceso cuyo objetivo es extinguir el ente societario, realizando el activo y cancelando el pasivo. Una vez cancelado el pasivo, se distribuye el remanente entre los socios en proporción a su participación social. Este proceso termina con la cancelación de la inscripción en el Registro Público (arts. 101 a 112, LGS).

4. Intervención judicial

La intervención judicial es una medida cautelar que acompaña el juicio de remoción de administradores. Este instituto se aplica cuando los administradores de la sociedad, por acción u omisión, pongan en peligro grave a la sociedad (arts. 113 a 117, LGS).

4.1. Requisitos: a) los socios debe acreditar su calidad de tal; b) deben acreditar que agotó todos los recursos acordados en el contrato social y promovió la acción de remoción, y c) prestar contracautela.

4.2. Tipos de interventores que se pueden designar según la gravedad: a) veedor, b) coadministrador; c) administrador.

5. Transformación

5.1. La transformación es el instituto que permite que una sociedad regularmente constituida cambie su tipo social a otro, sin alterar sus derechos y obligaciones (art. 74, LGS).

5.2. Requisitos: a) resolución social aprobatoria; b) confección de un balance especial; c) instrumento de transformación; d) publicación; e) inscripción en el Registro Público.

5.3. Efectos: la transformación no altera los derechos y obligaciones de la sociedad.

5.4. Rescisión de la transformación (art. 80, LGS).

5.5. Caducidad dela acuerdo de transformación (art. 81, LGS).

5.6. La incorporación del art. 94 bis, LGS, por la ley 26.994, que establece la transformación a sociedad anónima unipersonal para las sociedades en comandita simple o por acciones y la sociedad de capital e industria.

6. Fusión

6.1. La fusión se da cuando dos o más sociedades se disuelven, sin liquidarse, para constituir una nueva; o una ya existente incorpora a otra u otras, que sin liquidarse, son disueltas (art. 82, LGS).

6.2. Clases: a) fusión propiamente dicha; b) fusión por absorción.

6.3. Requisitos: a) compromiso previo de fusión requiere de: resoluciones sociales, aprobatorias, confección de balances especiales, publicidad; b) acuerdo definitivo de fusión requiere de: resoluciones aprobatorias de la fusión; la nómina de socios que ejercen el derecho de receso y capital que representen en cada sociedad; nómina de acreedores que se opusieron pero fueron garantizados, o los que obtuvieron un embargo judicial; la agregación de los balances especiales y de un balance consolidado en las sociedades que se fusionan; inscripción registral (art. 83).

6.4. Efectos: a) constitución de nueva sociedad (art. 84, LGS); b) fusión incorporación: reforma estatutaria (art. 84, LGS); c) inscripciones registrales correspondientes (art. 84, LGS).

6.5. Revocación (art. 86, LGS).

6.6. Rescisión por justos motivos (art. 87, LGS).

7. Escisión

7.1. La escisión comprende una reorganización de una sociedad en distintos sujetos jurídicos (art. 88, LGS).

7.2. Clases de escisión: a) escisión incorporación; b) fusión escisión; c) escisión propiamente dicha, y d) una sociedad se disuelve sin liquidarse para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades.

7.3. Requisitos: a) resolución social aprobatoria; b) confección de un balance especial; c) publicación; d) inscripción en el Registro Público.

7.4. Efectos: a) los socios pueden ejercer los derechos de receso y preferencia; b) en relación a los acreedores, éstos pueden oponerse y sus créditos deben ser garantizados.

Capítulo XII

Vinculaciones societarias. Grupos. Actuación en el país de sociedades constituidas en el extranjero

Por Pablo Raúl Masud[1]

1. Vinculaciones societarias: concepto y distintas técnicas

Las vinculaciones societarias pueden caracterizarse como aquellas relaciones jurídicas que establecen entre sí las sociedades comerciales, persi-

---

(1) Abogado. Diploma de honor de la Universidad de Buenos Aires (1994). Jefe de Trabajos prácticos en la asignatura Derecho Internacional Privado —Cátedra Dr. Antonio Boggiano— (UBA). Autor de varios artículos y trabajos sobre temas de la disciplina. Abogado en ejercicio dedicado al asesoramiento de sociedades locales y extranjeras —en especial en el ámbito de la construcción de obras de infraestructura—, contratos internacionales y litigios y arbitrajes ante instituciones locales y del exterior.

guiendo diversas finalidades y objetivos, valiéndose para ello de los distintos medios que pone a su disposición el ordenamiento jurídico.

En orden a ensayar una clasificación de los medios o técnicas de vinculación societaria, y transitando un camino de mayor a menor en lo que respecta al mantenimiento de la autonomía de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales, puede decirse que se advierten técnicas: i) *contractuales propiamente dichas*, ii) *contractuales de colaboración* y iii) *de participación*.

Las técnicas *contractuales propiamente dichas* son aquellas por los cuales las sociedades se obligan recíprocamente a realizarse las prestaciones de diversa naturaleza que convengan en el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Son innumerables los distintos tipos de prestaciones que pueden convenirse, no obstante lo cual, y a título ejemplificativo, pueden mencionarse relaciones o contratos de compraventa, de locación, de servicios, de suministro, de licencia de *software*, de transferencia de tecnología, de préstamo, de asistencia técnica, etc. Estos vínculos contractuales, en algunos especiales y particulares casos, pueden dar lugar a supuestos de "control" societario como será analizado oportunamente en este capítulo.

Las técnicas *contractuales de colaboración* consisten en establecer entre las sociedades una relación por la cual se persigue, sin constituir una nueva sociedad, la consecución de objetivos económicos comunes. Típicos vínculos de esta clase son los contratos asociativos (negocio en participación, agrupaciones de colaboración, uniones transitorias y consorcios de cooperación) regulados en el capítulo XVI del título IV del Libro Tercero del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), los que han sido objeto de tratamiento en el capítulo pertinente de esta obra[2]. Relaciones de esta clase, también por vía de hipótesis, podrían generar situaciones de "control" societario, lo que será analizado más adelante.

Finalmente, los medios o técnicas *de participación* importan que una sociedad pase a revestir la calidad de socia de otra sociedad comercial, mediante la adquisición de participaciones sociales, sean éstas, partes de interés, cuotas o acciones, dependiendo del tipo social de que se trate. Esta clase de vínculo puede dar lugar a uno de los más relevantes y usuales casos de control societario como se verá oportunamente.

2. Participaciones societarias: concepto y límites. Participaciones recíprocas

Las participaciones societarias, como se ha adelantado, se verifican en los casos en los que una sociedad es titular de una porción del capital social

(2) Negocio en participación: arts. 1448-1452, CCyCN; agrupaciones de colaboración: arts. 1453-1462, CCyCN; uniones transitorias: arts. 1463-1469, CCyCN, y consorcios de cooperación: arts. 1470-1478, CCyCN.

de esta última (partes de interés, cuotas o acciones), sea por haber concurrido al acto de su constitución o por haberlo adquirido con posterioridad.

La Ley General de Sociedades (ley 19.550, t.o. dec. 841/1984, modif. ley 26.994) (LGS) contiene en su art. 31 (3) la regulación a que se encuentran sometidas las sociedades comerciales para adquirir participaciones en otras. Así se impone primeramente hacer una distinción entre las sociedades que tengan un objeto *exclusivamente* financiero o de inversión de aquellas que, o bien no tienen en su objeto dichas actividades financieras o de inversión, o lo presentan junto a otras de distinta naturaleza.

Las sociedades con objeto *exclusivamente* financiero o de inversión, esto es las que han sido llamadas "*holdings* propios" (4) —entendiendo por tales a los entes societarios cuya *única* actividad consiste en ser titulares de participaciones en otras sociedades comerciales— no tienen limitación cuantitativa alguna para ser titulares de participaciones en otras sociedades comerciales. En la misma situación se encuentran las entidades financieras reguladas por la ley 21.526 de Entidades Financieras (LEF) (5), tengan o no objeto *exclusivamente* financiero o de inversión, aunque esta aparente amplitud en el ejercicio de la facultad de participar en otras sociedades encuentra restricciones en las normas que regulan específicamente a estos entes (6). Tampoco tendrán limitaciones del tipo de las analizadas, las socie-

---

(3) Art. 31, LGS: "*Participaciones en otra sociedad: Limitaciones*.

"Ninguna sociedad excepto aquellas cuyo objeto sea exclusivamente financiero o de inversión puede tomar o mantener participación en otra u otras sociedades por un monto superior a sus reservas libres y a la mitad de su capital y de las reservas legales. Se exceptúa el caso en que el exceso en la participación resultare del pago de dividendos en acciones o por la capitalización de reservas.

"Quedan excluidas de estas limitaciones las entidades reguladas por la Ley 18.061. El Poder Ejecutivo Nacional podrá autorizar en casos concretos el apartamiento de los límites previstos.

"Las participaciones, sea en partes de interés, cuotas o acciones, que excedan de dicho monto deberán ser enajenadas dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de aprobación del balance general del que resulte que el límite ha sido superado. Esta constatación deberá ser comunicada a la sociedad participada dentro del plazo de diez (10) días de la aprobación del referido balance general. El incumplimiento en la enajenación del excedente produce la pérdida de los derechos de voto y a las utilidades que correspondan a esas participaciones en exceso hasta que se cumpla con ella".

(4) Le Pera, Sergio, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 156.

(5) Esta ley 21.526, llamada de "Entidades financieras", fue sancionada el 14/2/1977 y reemplazó a la ley 18.061 (aludida en el art. 31 de la LGS) que regulaba esos entes al tiempo de la sanción de la LGS.

(6) Si bien la LGS admite que las *entidades financieras* puedan tener participaciones en otras sociedades comerciales sin limitaciones cuantitativas, aun cuando su objeto no sea exclusivamente financiero o de inversión, la regulación y las limitaciones que la ley 21.526 estatuye para éstas al impedirles *explotar por cuenta propia empresas comerciales, industriales, agropecuarias, o de otra clase, salvo con expresa autorización del Banco Central* (art. 28, inc. a]), restringe en la práctica la hipótesis de una entidad financiera que

dades que hubieran obtenido una autorización concreta del Poder Ejecutivo para apartarse de los parámetros cuantitativos previstos en la norma.

Por el contrario, la LGS contiene expresas reglas limitantes de la facultad de participar en otras sociedades comerciales que alcanzan tanto a las sociedades cuyo objeto no contiene actividades financieras o de inversión, como a las que sí comprende a estas últimas, pero junto a otras de diferente naturaleza, de modo que el objeto financiero o de inversión no reviste carácter exclusivo.

La regla del art. 31 de la LGS impide a las sociedades antes mencionadas *tomar o mantener* participación en otra u otras sociedades *por un monto superior a sus reservas libres y a la mitad de su capital y las reservas legales*(7).

La prohibición en cuestión alcanza tanto a las participaciones que una sociedad comercial adquiera en otra, sea por haber concurrido a su constitución, como por haberlas obtenido con posterioridad por cualquier título. Los límites mencionados surgen de un contraste entre el *quantum* de la participación societaria por un lado, y por otro, ciertos parámetros patrimoniales de la sociedad titular de esa participación. En razón del carácter dinámico y cambiante del monto que representan las *reservas libres y la mitad del capital y las reservas legales* de una sociedad, el límite impuesto por la LGS es susceptible de variaciones en el tiempo. Es por ello que la LGS abarca en su prohibición tanto el "tomar" como el "mantener" participaciones en exceso de lo que ella misma regula, dejando claro que esas limitaciones cuantitativas deben ser observadas tanto al tiempo en que una sociedad adquiere (*toma*) la participación, como durante todo el tiempo en que se *mantenga* esta situación por la cual una sociedad resulta socia de otra.

En uno de los extremos requeridos para hacer la comparación estará la sumatoria de todas las participaciones sociales de la sociedad participante, ya que los límites de la ley no se juzgan individualmente respecto de cada participación, sino de la acumulación de todas ellas. En el otro, se ubicarán la totalidad de las reservas libres y la mitad del capital y de las reservas legales. No obstante no decirlo expresamente, la LGS entiende por *capital*, el capital social de la sociedad participante. En cuanto al concepto "reservas"

---

acumule a su objeto financiero actividades de otra naturaleza. Por otra parte, estas entidades financieras para poder adquirir acciones de otras entidades de la misma naturaleza deberán requerir y obtener la autorización del Banco Central de la República Argentina y será condición para que puedan tomar acciones u obligaciones de empresas de servicios públicos que éstas sean condición para obtener la prestación del servicio público de que se trate (v. gr., cooperativas de servicios públicos que requieren que los "usuarios" sean asociados de esos entes) (art. 29).

(7) La doctrina ha destacado como fundamento de esta norma y con apoyo en la exposición de motivos de la LGS, el impedir que las sociedades que no tengan exclusivamente objeto financiero o de inversión, puedan desvirtuar su objeto social adquiriendo participaciones en otras sociedades comerciales por encima de ciertos límites desnaturalizando así el ejercicio de las actividades para el cual fueron creadas.

utilizado en la norma, se trata de aquellas sumas detraídas de las ganancias del ejercicio de la sociedad participante por decisión del órgano social competente que pasan a integrar el patrimonio neto. La constitución de estas reservas puede ser obligatoria (cuando lo impone alguna norma legal[8] "reserva legal" o el estatuto "reserva estatutaria"), o voluntaria (cuando surge de una decisión discrecional del órgano competente de la sociedad al decidir el destino del resultado del ejercicio, a las que la LGS se refiere como "reservas libres").

El art. 31 de la LGS contempla así a las "reservas libres" —aquellas que la sociedad participante hubiera constituido por una decisión discrecional—, y a las "reservas legales" —aquellas constituidas en cumplimiento de una manda legal—, admitiendo que las participaciones en otra sociedad puedan alcanzar el equivalente a todas las reservas libres y a la mitad de las reservas legales, además de a la mitad del capital social, como se ha visto anteriormente.

En razón de que los límites estatuidos vienen dados por parámetros patrimoniales, el momento en que se efectuará el control del equilibrio entre los extremos establecidos en la LGS será en la aprobación de los estados contables de la sociedad participante, pues allí estarán reflejados —en las cuentas respectivas del patrimonio neto— el capital social y las reservas (tanto legales como libres).

La prohibición legal no tendrá efectos, pese a verificarse la transgresión a los parámetros aritméticos en cuestión, cuando dicho exceso sea consecuencia del pago de dividendos en acciones de la sociedad participada o del aumento del capital de ésta mediante la capitalización de reservas.

La constatación de haberse sobrepasado las limitaciones de la LGS —excepción hecha de los supuestos antes aludidos— impone a la sociedad participante dos obligaciones concretas; una, vender las participaciones que excedan el límite dentro de los seis meses contados desde la fecha de aprobación de su balance que dejó en evidencia esa situación contraria a la ley[9]; y la otra, comunicar a la sociedad participada la transgresión verificada dentro de los diez días siguientes a la aprobación de dicho balance.

La sanción a la inobservancia de la obligación de desprenderse de las participaciones en exceso será para la sociedad participante la *pérdida* de los derechos de voto en la sociedad participada y de las utilidades que ésta

---

(8) V. gr., el art. 70 de la LGS que impone a las sociedades de responsabilidad limitada y a las sociedades por acciones realizar una reserva no menor al 5 % de las ganancias realizadas y líquidas que arroje el estado de resultados del ejercicio hasta alcanzar el 20 % del capital social.

(9) Esta disposición de la LGS no excluye otras posibles acciones de la sociedad participante para restablecer el equilibrio impuesto por el art. 31 de la LGS, como el aumento de su capital social o de las reservas en la cantidad necesaria para quedar fuera del supuesto de violación (Le Pera, Sergio, ob. cit., p. 160).

arroje y que correspondan a esas participaciones, hasta que se desprenda de estas últimas. Una vez restablecido el equilibrio entre las participaciones, por un lado, y el capital social y las reservas (libres y legales) por el otro, la sociedad participante recuperará en plenitud el ejercicio de sus derechos de socio.

A esta altura se impone traer a colación otra limitación a la facultad de ciertas sociedades comerciales para adquirir participación en otra, que podría denominarse *cualitativa* por oposición a la *cuantitativa* analizada hasta ahora, ya que no apunta a un problema del *quantum* de esa participación sino al *tipo social de la sociedad participada*. Esta restricción cualitativa establecida en el art. 30 de la LGS[10] impone a las sociedades anónimas y en comandita por acciones formar parte sólo de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada.

Para terminar este acápite, dedicado a las participaciones societarias, se impone tratar los supuestos de *participaciones recíprocas*, cuya regulación se encuentra en el art. 32 de la LGS[11]. La aludida regla legal comienza por prohibir —aun cuando sean por persona interpuesta— las participaciones recíprocas, esto es, las situaciones en las cuales una sociedad comercial es socia de otra, y esta última, a su vez, reviste el carácter de socia de la primera. El fundamento de esta disposición legal se encuentra en evitar el aguamiento del capital social[12] con el consiguiente efecto negativo para los terceros. Si bien la norma menciona expresamente los supuestos de participaciones recíprocas generadas en la *constitución de sociedades* o en el *aumento de su capital social*, la regla del art. 32 de la LGS debería ser extendida a otras adquisiciones de participaciones sociales no mencionadas (v. gr., una compraventa de acciones o de cuotas sociales) que traiga aparejada una situación de participaciones recíprocas[13].

---

(10) Art. 30, LGS: "*Sociedad socia*. Las sociedades anónimas y en comandita por acciones solo pueden formar parte de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. Podrán ser parte de cualquier contrato asociativo".

(11) Art. 32, LGS: "*Participaciones recíprocas: Nulidad*. Es nula la constitución de sociedades o el aumento de su capital mediante participaciones recíprocas, aún por persona interpuesta. La infracción a esta prohibición hará responsable en forma ilimitada y solidaria a los fundadores, administradores, directores y síndicos. Dentro del término de tres (3) meses deberá procederse a la reducción del capital indebidamente integrado, quedando la sociedad en caso contrario, disuelta de pleno derecho.

"Tampoco puede una sociedad controlada participar en la controlante ni en sociedad controlada por esta por un monto superior, según balance, al de sus reservas, excluida la legal.

"Las partes de interés, cuotas o acciones que excedan los límites fijados deberán ser enajenadas dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de aprobación del balance del que resulte la infracción. El incumplimiento será sancionado conforme al artículo 31".

(12) Verón, Alberto V., *Sociedades comerciales. Ley 19.550. Comentada, anotada y concordada*,t. I, 2ª ed. actual. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 328.

(13) Manóvil, Rafael M., *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 948.

La consecuencia de la inobservancia de la prohibición de marras consiste, además de en la responsabilidad ilimitada y solidaria de fundadores, administradores, directores y síndicos, en la *nulidad de los actos de constitución* o de los que *decidieron el aumento del capital social* cuyo resultado fue generar las participaciones recíprocas. Asimismo, se establece la obligación para las sociedades afectadas de reducir en un plazo de tres meses el capital en cantidad suficiente como para que dejen de existir estas participaciones recíprocas. Vencido ese término, la sociedad queda disuelta de pleno derecho.

Luego de la expresa y rigurosa prohibición general descripta, el art. 32 de la LGS —interpretado *a contrario sensu*— contiene una excepción al permitir a una sociedad controlada participar en la sociedad controlante o en otra sociedad controlada por ésta, por un monto inferior al de sus reservas, excluida la legal. En otros términos, resulta admisible una situación de *participaciones recíprocas* entre una sociedad controlada y su controlante siempre y cuando la participación de la sociedad controlada en la controlante no supere el monto de sus reservas libres, tal como ha sido definido este concepto en párrafos precedentes. La verificación de que se ha excedido el límite dado por las reservas libres impone, al igual que lo que acontece en los casos del art. 31 de la LGS antes analizados, la obligación de enajenar las participaciones en exceso en un lapso de seis meses de la aprobación del balance que da cuenta de esa irregularidad. La inobservancia de este deber produce los efectos del art. 31 de la LGS; esto es, acarrea la pérdida de los derechos de voto en la sociedad participada y de las utilidades que ésta arroje y que correspondan a esas participaciones.

3. Sociedades vinculadas y controladas

3.1. Sociedades vinculadas y controladas: caracterización

Las vinculaciones societarias llevadas a cabo mediante diferentes técnicas producen fenómenos que, en ciertos casos, son captados por el legislador y alcanzados por regulaciones legales particulares.

En ese sentido, la LGS contiene, en su art. 33[14], una definición legal de las que denomina *sociedades vinculadas* y *controladas*. Así, califica como

---

(14) Art. 33, LGS: *Sociedades controladas*.

"Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada:

"1) Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias;

"2) Ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades.

"*Sociedades vinculadas*.

"Se consideran sociedades vinculadas, a los efectos de la Sección IX de este capítulo, cuando una participe en más del diez por ciento (10 %) del capital de otra.

sociedades vinculadas a las que participen en más del 10 % en el capital de la otra, revistiendo importancia esta caracterización a los fines de la documentación y la contabilidad sociales, como luego se verá. Por otra parte, define como *sociedad controlada* a aquella en la que otra sociedad, sea directamente o por medio de una sociedad a su vez controlada: a) posea participación por cualquier título que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias; o b) ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades.

La LGS, mediante la regulación contenida en el art. 33, contempla un fenómeno propio de la economía moderna dado por el agrupamiento de sociedades que, lejos de mantenerse aisladas e independientes y ejerciendo las capacidades que les otorga su personalidad jurídica con autonomía, se relacionan e integran mediante diferentes figuras jurídicas en un conjunto de empresas de complejidad variada. Esas agrupaciones, en muchos casos transnacionales, actúan conforme a pautas y políticas uniformes fijadas por quienes ostentan el poder de decisión de ellas. Dicho en otros términos, la LGS capta y regula la compleja cuestión del *control* que surge del fenómeno descripto de agrupamiento de empresas.

3.2. El control de derecho y de hecho, interno y externo. El control económico

La LGS describe dos tipos distintos de *control* que pueden darse de manera directa entre dos sociedades, una controlante y otra controlada, o bien mediante la interposición de otra sociedad, controlada a su vez por la sociedad controlante.

El primer supuesto de *control* contemplado en el inc. a) del art. 33 de la LGS es el que la doctrina ha llamado tradicionalmente *control de derecho* entendiendo por tal a la facultad de determinar la voluntad de la sociedad controlada, por contar con la cantidad de votos necesarios —en relación con la totalidad de votos posibles de emisión— para prevalecer en las decisiones sociales. Este *control* se denomina también *control interno*, puesto que se opera incidiendo internamente en la formación de la voluntad social, mediante el ejercicio del derecho a voto en los órganos pertinentes de la sociedad controlada (v. gr., reuniones sociales o asambleas ordinarias, según sea el caso).

El segundo tipo de *control* en el inc. b) del art. 33 de la LGS es el conocido como *control de hecho* y se presenta en aquellos supuestos en los que

---

"La sociedad que participe en más del veinticinco por ciento (25 %) del capital de otra, deberá comunicárselo a fin de que su próxima asamblea ordinaria tome conocimiento del hecho".

la sociedad controlante ejerce una *influencia dominante* sobre la sociedad controlada. Esta influencia dominante puede obedecer a dos razones: i) la titularidad de acciones, cuotas o partes de interés de la sociedad controlada, o ii) la existencia de *especiales vínculos* entre sociedad controlante y controlada. Este control, a diferencia del referido anteriormente, es *de hecho*, puesto que no se deriva de una determinada *situación jurídica* que asegura siempre y en todos los casos contar con la facultad de determinar la voluntad de la sociedad controlada, sino que esta potestad de control deviene de situaciones fácticas o de hecho que permiten a la sociedad controlante dominar la voluntad de la controlada.

Una de esas situaciones *de hecho*, descripta en el inc. b) del art. 33 de la LGS y causa de una *influencia dominante*, está dada por la titularidad de la sociedad controlante de acciones, cuotas o partes de interés de la sociedad controlada que, sin reunir la cantidad necesaria para formar en cualquier caso las mayorías exigidas para fijar la voluntad social, por ausencia de otros socios a la hora de adoptar las decisiones, cuenta con la facultad en los hechos concretos de establecer la voluntad del ente. Este control, si bien es *de hecho*, puede calificarse asimismo como *interno* ya que su ejercicio exige la actuación de la sociedad controlante al interior de la sociedad controlada, obrando conductas en sus órganos encargados de adoptar las decisiones (v. gr., reuniones sociales o asambleas ordinarias, según sea el caso).

El otro supuesto de control contemplado en el inc. b) del art. 33 de la LGS, motivo también de la aludida *influencia dominante*, está dado por la existencia de *especiales vínculos* entre sociedad controlante y controlada, en virtud de los cuales la sociedad controlante está en condiciones, por su influencia económica, de imponer su voluntad a la controlada. Esa influencia económica de la controlante hace que los socios y/o los órganos de administración y dirección de la controlada adopten las decisiones impuestas por controlante. Este supuesto de control es llamado *control externo* ya que la controlante no despliega su accionar al interior de la controlada formando la voluntad social por la intervención en sus órganos sociales. Por el contrario, aquella ejerce su poder mediante mecanismos que obran por fuera de los órganos de la controlada pero que dominan igualmente su voluntad. A este control, por provenir de relaciones de naturaleza económica entre controlante y controlada, se le ha dado en llamar también "control económico". Asimismo, por fundarse en circunstancias fácticas y no jurídicas, esta variante del control es un *control de hecho.*

Los especiales vínculos, con entidad suficiente como para otorgar a la sociedad controlante una influencia económica dominante sobre la controlada, son de inagotable descripción, pero conceptualmente puede decirse que, en general, se presentan mediante relaciones contractuales entre las sociedades por las cuales todas o las principales actividades económicas de la controlada se sustentan en los vínculos contractuales con la controlante. A título solamente ejemplificativo, pueden mencionarse contratos de

transferencia de tecnología, de licencia de marcas, de transferencia de *know how*, de distribución, de agencia, etc., y todas aquellas relaciones sin cuya vigencia la controlada no podría llevar a cabo su actividad o no sobreviviría razonablemente.

3.3. Consecuencias del control societario

La LGS y otras leyes integrantes de nuestro ordenamiento jurídico han captado, con diferentes fines, la situación del control societario regulando distintas consecuencias derivadas del mismo.

Una primera cuestión se vincula al deber de información que la LGS impone a las sociedades alcanzadas por una relación de control (algunos de los cuales, como se verá, se aplican también a las sociedades vinculadas a las que se ha hecho mención más arriba).

De este modo, el art. 62, párr. 3°, de la LGS obliga a las sociedades controlantes del art. 33, inc. 1° —supuesto de *control de derecho*— a presentar como información complementaria a su balance, *estados contables anuales consolidados, confeccionados, con arreglo a los principios de contabilidad generalmente aceptados y a las normas que establezca la autoridad de contralor*.

A esta exigencia, la LGS agrega otras de igual índole y finalidad, disponiendo que en el balance general de la sociedad debe indicarse: en el activo por separado *los créditos con sociedades controlantes, controladas o vinculadas* (art. 63, inc. 1.b); también en el activo las inversiones *en sociedades controlantes, controladas o vinculadas, otras participaciones y cualquier otra inversión ajena a la explotación de la sociedad* (art. 63, inc. 1.d); en el pasivo y separadamente las *deudas existentes con sociedades controlantes, controladas o vinculadas*; en el estado de resultados y por separado *los intereses pagados o devengados (...) provenientes por deudas con (...) sociedades controladas, controlantes o vinculadas* (art. 64.I.b.8); en notas adjuntas si la información no surgiera del balance, el *resultado de operaciones con sociedades controlantes, controladas o vinculadas, separadamente por sociedad* (art. 65, inc. 1.g)*;* en cuadros anexos al balance las *participaciones en otras sociedades, detallando: denominación de la sociedad emisora o en la que se participa y características de la (...) participación, sus valores nominales, de costo de libros y de cotización, actividad principal y capital de la sociedad emisora o en la que participa. Cuando el aporte o participación fuere del cincuenta por ciento (50 %) o más del capital de la sociedad o de la que se participa, se deberán acompañar los estados contables de ésta que se exigen en la LGS. Si el aporte o participación fuere mayor del cinco por ciento (5 %) y menor del cincuenta (50 %) citado, se informará sobre el resultado del ejercicio y el patrimonio neto según el último balance general de la sociedad en que se invierte o participa* (art. 65, inc. 2.c). Asimismo, en la Memoria de los administradores debe incluirse información sobre *las relaciones con las*

sociedades controlantes, controladas o vinculadas y las variaciones operadas en las respectivas participaciones y en los créditos y deudas (art. 66, inc. 6°).

Una segunda cuestión prevista en la LGS, respecto de consecuencias de situaciones de control, se relaciona con la *inoponibilidad de la personalidad jurídica* regulada en el art. 54, 2ª parte, de la LGS(15). La llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica(16) habilita en determinados casos a traspasar la estructura formal de una persona ideal para conocer su verdadera esencia personal y patrimonial y hacer responsables por los actos de la sociedad a quienes han utilizado una figura societaria para fines reprobados por el ordenamiento jurídico(17).

El art. 54, 2ª parte, de la LGS capta el supuesto de una sociedad que, no obstante su adecuación formal a las exigencias legales, encubre fines extrasocietarios y constituye sólo un medio para violar la ley, el orden público o perjudicar a terceros. El mentado artículo dispone que la actuación de una sociedad de esa clase se impute directamente a los socios o a los *controlantes* que la hicieron posible, quienes deberán responder solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

Esta disposición, si bien no se limita a supuestos de control, pues hace responsables a los socios que hicieron posible el actuar ilegal o desviado de una sociedad aun cuando no la controlaran, encuentra un campo fértil de aplicación en supuestos de control societario en cualquiera de las hipótesis del art. 33 de la LGS, es decir, tanto en casos de control *de derecho* como *de hecho, interno* o externo (o *económico*). Va de suyo que la sola verificación de una situación de control en cualquiera de sus variantes no habilita, sin más, a dejar de lado la personalidad jurídica de la sociedad controlada y hacer responsable por sus actos a su controlante. Las situaciones de control son admitidas por la LGS que reconoce la autonomía de las personalidades jurídicas de las sociedades enlazadas en una relación de control. Sin embargo, ese reconocimiento y ese respeto a la existencia de personas jurídicas independientes se desvanece ante el uso de una figura societaria para los fines reprobables indicados en el art. 54 de la LGS. En ese caso, los socios y controlantes que posibilitaron el accionar desviado no podrán prevalerse de los efectos de la figura societaria elegida, y responderán ilimitada y solidariamente por los daños que se hubieran ocasionado.

---

(15) Art. 54 LGS: "...*Inoponibilidad de la personalidad jurídica*. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados".

(16) Se remite para un análisis integral de la cuestión que excedería el marco de este trabajo, al Capítulo VI de esta obra.

(17) Ver López Mesa, Marcelo J., "Someras consideraciones", DSE, octubre 1997, p. 391.

A su vez, y como efectos derivados de una situación de control de derecho, la LGS establece que no pueden ser síndicos de una sociedad *los directores, gerentes y empleados de la misma sociedad o de otra controlada o controlante* (art. 286, inc. 2°), así como también que quedará sometida a la *fiscalización estatal permanente* la *sociedad controlante de o controlada por otra sujeta a fiscalización* en virtud de cualquiera de los incisos del art. 299 de la LGS (art. 299, inc. 6°).

En materia de responsabilidad de la sociedad controlante por los actos de la sociedad controlada, se impone traer a colación otra consecuencia del control, contemplada no ya en la LGS, sino en el art. 161, inc. 2°) de la ley 24.522 de Concursos y Quiebras (LCQ)[18].

La aludida norma dispone la extensión de la quiebra de una sociedad controlada a toda persona controlante —incluyendo a toda sociedad controlante—, cuando esta última desvió indebidamente el interés social de la controlada sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte. La mera comprobación de la existencia de una sociedad controlante, de otra que ha sido declarada en quiebra, no habilita la extensión de esa quiebra a la controlante, sino que deben hallarse reunidos todos los requisitos del art. 161, inc. 2°, de la LCQ. En este sentido, el art. 172 de la LCQ deja a salvo de la extensión de la quiebra a las personas que formen grupos económicos aun manifestados por relaciones de control, si no se dieran los supuestos del art. 161[19]. Por otra parte, la extensión de la quiebra será de la controlada hacia a la controlante y nunca podrá ser de la controlante a la controlada.

A modo de síntesis, la extensión de la quiebra en estos casos exige: i) que exista una persona (en nuestro caso una sociedad) controlante; ii) que exista una sociedad controlada fallida; iii) que exista una dirección unificada que denote el control interno o externo[20]; iv) que en función de ese control

---

(18) Art. 161, inc. 2°, LCQ: "*Actuación en interés personal. Controlantes. Confusión patrimonial.* La quiebra se extiende: (...) 2) A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte. A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante: a) aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social; b) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso".

(19) Art. 162, LCQ: "*Grupos Económicos. Supuestos*. Cuando dos o más personas formen grupos económicos, aun manifestado por relaciones de control pero sin las características prevista en el Artículo 161, la quiebra de una de ellas no se extienden a las restantes".

(20) Si bien la letra del art. 161, inc. 2°, de la LCQ parece referirse a supuestos de control interno y así lo sostiene gran parte de la doctrina y parte de la jurisprudencia (v. gr., CNCom., 12/9/2007, "Converques SRL s/quiebra s/incidente de extensión") existen posturas

se haya desviado el interés social de la controlada en perjuicio de ella; v) que la desviación del interés social de la controlada lo haya sido en interés de la controlante, y vi) que exista relación de causalidad entre la actuación abusiva de la sociedad controlante y la insolvencia de la sociedad controlada(21). La gravedad de la consecuencia contemplada en el art. 161, inc. 2°, LCQ, en tanto implica la declaración de quiebra de quien no se halla en estado de insolvencia (la sociedad controlante), requiere que los extremos de procedencia sean objeto de rigurosa y prudencial valoración.

La Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (LCT) también contiene en su art. 31(22) reglas relacionadas con situaciones de control de sociedades a efectos de extender, en especiales circunstancias, la responsabilidad por obligaciones que no son propias a sociedades enlazadas en un esquema de control.

La norma de marras aplicada a supuestos de control entre sociedades comerciales, en el modo descripto en el art. 33 de la LGS(23), implica que cuando se verificase esa relación de control bajo cualquiera de los dos incisos del aludido art. 33 de la LGS, esas sociedades serán solidariamente responsables por las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, si mediaron maniobras fraudulentas o conducción temeraria. A diferencia del supuesto de extensión de quiebra que sólo es factible de la controlada a la controlante, la responsabilidad solidaria por deudas laborales y de la seguridad social puede provenir también de la controlante a la controlada.

Vale decir que en el ámbito de la LCT y acotado a las hipótesis de control analizadas en este acápite, la extensión de la responsabilidad a una sociedad por el incumplimiento de las obligaciones frente a trabajadores o a organismos de la seguridad social de otra, exige: i) que exista una situación de control interno o externo, esto es, en cualquiera de las variantes del art. 33

---

de doctrina y pronunciamientos judiciales que hacen viable la extensión de la quiebra a casos de "control externo" (v. gr., CNCom., sala A, 3/3/2011, "Dismo SA s/quiebra s/extensión de quiebra [ordinario]").

(21) Ver CNCom., sala A, 23/9/1991, "Ensinck Jorge (su sucesión) s/quiebra".

(22) Art. 31, LCT: "*Empresas subordinadas o relacionadas. Solidaridad*. Siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria".

(23) El art. 31, LCT, regula situaciones que exceden el marco de los supuestos de control del art. 33 de la LGS, como la extensión de responsabilidad a las sociedades que formen conjunto económico (como sería, v. gr., la extensión de la responsabilidad a una sociedad por las obligaciones de otra que se halla junto con la primera sometida al control común de una tercera).

de la LGS[24]; ii) que haya deudas con los trabajadores o con los organismos de la seguridad social de cualquiera de esas sociedades protagonistas de una situación de control; iii) que hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria, y iv) que exista relación de causalidad entre las maniobras fraudulentas o la conducción temeraria y las deudas con los trabajadores o con los organismos de la seguridad social.

Para culminar con las consecuencias del control, se impone recordar que la LEF prohíbe a las entidades financieras *operar con empresas o personas vinculadas con ellos, en condiciones más favorables que las acordadas de ordinario a su clientela* (art. 28, inc. b]). Asimismo, la ley 25.156 de Defensa de la Competencia (LDC) en su ámbito de aplicación amplía el criterio de control de la LGS (art. 6°, LDC[25]) para determinar que cuando se está en presencia de una *concentración económica,* a la que prohíbe, si *su objeto o efecto es o puede ser restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general* (art. 7°, LDC[26]).

4. La actuación grupal. El fenómeno del grupo y su tratamiento en la legislación argentina. Antecedentes en el derecho comparado

Las sociedades comerciales han demostrado a lo largo del tiempo, y por una pluralidad de razones cuyo tratamiento no es materia de este trabajo, la tendencia creciente a llevar a cabo sus negocios agrupadas con otras entidades de la misma naturaleza.

Una sencilla clasificación del complejo y rico fenómeno de las agrupaciones entre sociedades permite distinguir dos tipos bien diferenciados: i) *grupos de coordinación* en el que las sociedades que lo integran se hallan en relativa equivalencia sin presentarse una situación de dominación de

(24) Ver CNTrab., sala VII, 23/12/2004, "Taurizano, Evangelina v. Frecuencia Producciones Publicitarias SA y otro s/despido".

(25) Art. 6°, LDC: "A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica la toma de control de una o varias empresas, a través de realización de los siguientes actos: a) La fusión entre empresas; b) La transferencia de fondos de comercio; c) La adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre misma; d) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa".

(26) Art. 7°, LDC: "Se prohíben las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general".

una sobre las otras[27], y ii) *grupos de subordinación* en el que las sociedades muestran una relación de dominio entre ellas, que se evidencia en una *dirección unificada* prevaleciendo el *interés del grupo* por sobre el interés individual de las sociedades que lo conforman.

Estos *grupos de subordinación*, llamados también *grupos de empresas*, son los que se denominarán en este trabajo *grupos de sociedades*, y presentan notorios elementos que los distinguen de cualquier otro supuesto de agrupación de sociedades. En primer lugar, debe darse una situación de dominio y subordinación entre las sociedades, es decir, que una de las que integra ese grupo ostente el control de las otras. Ese control puede ser de derecho o de hecho, interno o externo, o económico, siguiendo la clasificación efectuada al analizar el fenómeno del control en el acápite anterior. En segundo término, debe existir una dirección unificada, esto es, un único lugar del que partan las decisiones y las directivas que todas las sociedades integrantes del grupo deberán respetar y ejecutar. Y en tercer lugar, debe advertirse la presencia de un *interés del grupo* que se coloca por encima de los intereses individuales de cada una de las sociedades que lo componen y que prevalece sobre éstos.

No siempre que se verifiquen situaciones de control, en cualquiera de sus variantes, se estará en presencia de un *grupo de sociedades* en el sentido descripto, siendo imprescindible a tal fin que esas relaciones vayan acompañadas de una *dirección unificada* que procure el *interés del grupo* por sobre los de las sociedades controladas.

La existencia y el funcionamiento de estos grupos de sociedades, si bien no es *per se* reprobable o ilícita, ha suscitado el interés de la doctrina, de la jurisprudencia y de los legisladores debido a que pone en crisis la concepción clásica de la sociedad comercial. Esta concepción predica que la sociedad goza de una personalidad jurídica autónoma y que sus administradores deben actuar como buenos hombres de negocios velando exclusivamente por los intereses de la sociedad. La aparición del fenómeno grupal transforma a una sociedad en un instrumento más de un complejo engranaje, muchas veces transnacional o multinacional, donde las decisiones no parten de sus propias autoridades sino de otros sitios y en el que los intereses a perseguir son los del *grupo,* que pueden ser contrarios incluso a los de la sociedad. Es por ello que junto al *grupo de sociedades*, surgieron una serie de problemas que los distintos sistemas jurídicos han abordado con mayor o menor alcance. En especial, los objetivos perseguidos con la regulación de estos *grupos de sociedades* o de las consecuencias de su actuación se han concentrado en buscar una adecuada protección de los acreedores y de los

(27) Un claro ejemplo de estos grupos puede hallarse en los Contratos asociativos - Negocio en participación: arts. 1448 -1452, CCyCN, Agrupaciones de colaboración: arts. 1453-1462, CCyCN, Uniones transitorias: arts. 1463-1469, CCyCN y Consorcios de cooperación: arts. 1470-1478, CCyCN, regulados en el cap. XVI del título IV del Libro Tercero del CCyCN.

socios externos[28] de las sociedades integrantes del *grupo*, sin por ello renunciar a otras finalidades.

El derecho argentino no contiene una normativa específica e integral para estos *grupos de sociedades* como realidades diferentes de las sociedades comerciales legisladas en la LGS. Ello así, no se les reconoce personalidad jurídica manteniéndose la personalidad de las sociedades que lo integran. No obstante, aparecen sí reglas aisladas que son aplicables a estos *grupos de sociedades*; algunas como una derivación de las situaciones de control que estos *grupos* presentan, y otras, por contemplar expresamente al fenómeno de los *grupos*. Sin perjuicio de lo que se dirá seguidamente, para un desarrollo más amplio de las normas que se han de mencionar a continuación, se remite al acápite anterior donde se trataron estas cuestiones bajo el prisma de las consecuencias del control societario.

Resulta particularmente interesante, al abordar esta temática, la norma contenida en el art. 161, inc. 2°, de la LCQ[29], en tanto contempla —a los fines de extender la quiebra de una sociedad controlada a su controlante— un supuesto asimilable a lo que se ha definido aquí como un *grupo de sociedades* (dirección unificada, desvío indebido del interés social de la controlada, interés prevalente del *grupo económico* del que forma parte). En el mismo orden, el art. 162 de la LCQ[30] vuelve a referirse al *grupo económico*, para aclarar que su sola existencia no habilita la extensión de la quiebra si no se encuentran reunidos los extremos del art. 161.

Igual mención a un concepto comprensivo del fenómeno de los grupos de sociedades se halla en el art. 31 de la LCT[31], cuando refiere a sociedades

---

(28) Por *socio externo* se hace referencia a aquellas personas físicas o jurídicas que no forman parte de esa estructura de dominación y subordinación sometida a la condición unificada que es el *grupo*, no obstante lo cual participan en sociedades que sí están inmersas en dicha estructura.

(29) Art. 161, inc. 2°, LCQ: "*Actuación en interés personal. Controlantes. Confusión patrimonial.* La quiebra se extiende: (...) 2) A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte. A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante: a) aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social; b) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso".

(30) Art. 162, LCQ: "*Grupos económicos. Supuestos.* Cuando dos o más personas formen grupos económicos, aun manifestado por relaciones de control pero sin las características prevista en el artículo 161, la quiebra de una de ellas no se extienden a las restantes".

(31) Art. 31 LCT: "*Empresas subordinadas o relacionadas. Solidaridad.* Siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos

bajo la dirección, control o administración de otras formando conjunto económico permanente, con el aditamento de haber incurrido en maniobras fraudulentas o conducción temeraria, para extender la responsabilidad a todos los integrantes del *grupo* respecto de las obligaciones allí detalladas (deudas con los trabajadores o con los organismos de la seguridad social).

También se encuentra una mención a este fenómeno en la LDC cuando, al caracterizar el concepto de *concentración económica* —para luego prohibirla si su objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia—, incluye dentro de aquel a cualquier acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o *grupo económico* los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa[32].

En lo que respecta a la LGS, si bien no ha regulado el fenómeno grupal en sí, contiene una importante regla de aplicación no exclusiva a los *grupos de sociedades* en el art. 54. 2ª parte. Allí consagra el instituto de la *inoponibilidad de la personalidad jurídica*, que habilita a traspasar la estructura formal de una sociedad integrante de un *grupo*, para hacer responsables por los actos de ésta a quienes la han utilizado desviando su interés en favor del interés del grupo o para cualquier otro fin reñido con la ley.

Por otra parte, en razón de que uno de los presupuestos para la existencia de un *grupo de sociedades* tal como se viene exponiendo —aunque no el único—, es que se presente una situación de control, las sociedades integrantes de aquellos alcanzadas por la LGS —si se diera un *control de derecho*— tendrán especiales deberes de información (arts. 62, párr. 3°; 63, inc. 1.b; 63, inc. 1.d; 64.I.b 8; 65, inc. 1.g; 65, inc. 2.c, y 66, inc. 6°, de la LGS), se presentarán impedimentos para el ejercicio de la sindicatura (art. 286, inc. 2°, de la LGS) y en su caso se les extenderá la fiscalización estatal permanente (art. 299, inc. 6°, de la LGS).

Asimismo, si el *grupo* se dedicara a actividades reguladas por la LEF, sus integrantes no podrán operar entre ellos en condiciones más favorables que las acordadas de ordinario a su clientela (art. 28, inc. b], de la LEF).

En el derecho comparado se pueden encontrar distintas modalidades de tratamiento legal del fenómeno de los *grupos de sociedades*. Existen países que han consagrado una regulación específica, integral y sistemática del funcionamiento de estos *grupos de sociedades*. En sentido contrario, otros Estados no han sancionado normas de aquella naturaleza, lo que no obsta a que cuenten con reglas aisladas elaboradas por el legislador o por los jueces (sistema anglosajón), aplicables a situaciones que pueden presentarse, tanto en los *grupos* como en la vida de las sociedades comerciales individuales

---

de seguridad social, solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria".

(32) Art. 6° y 7° LDC.

(v. gr., *disgregard of the legal entity*; concepto elaborado por la jurisprudencia estadounidense equivalente a la inoponibilidad de la persona jurídica del art. 54 de la LGS)(33).

El ejemplo más reconocido en materia de regulación de este fenómeno en el derecho comparado está dado por el derecho alemán que, a partir de la reforma introducida en 1965 a su *Aktiengesetz* (AktG), es decir, a su Ley de Sociedades por Acciones, contiene normativa aplicable a los *grupos,* a los que denomina *Konzern*(34). El *Konzern* ostenta como elementos tipificantes la existencia de una empresa dominante y una o más empresas dependientes subsumidas bajo la dirección unificada de la empresa dominante. La ley alemana presume que una situación de control accionario prueba, hasta que se acredite lo contrario, que hay una situación de subordinación (extremo que también puede demostrarse por otras circunstancias que no sea la participación de control). De dicha subordinación, y también hasta que se pruebe lo contrario, se sigue que existe dirección unificada y por lo tanto un *Konzern*. Las consecuencias legales de la configuración del *Konzern* implican la responsabilidad en que puede incurrir la empresa dominante por los perjuicios que cause en ejercicio de su influencia sobre la sociedad subordinada, y el deber de incluir información adicional en sus estados contables.

Ahora bien, la innovación que se le reconoce en la materia al derecho alemán es haber regulado la formación de *grupos de derecho* mediante la suscripción de determinados contratos. Uno de esos acuerdos es el llamado “contrato de dominación” en virtud del cual una sociedad dependiente subordina su administración a las instrucciones impartidas por la sociedad dominante, quedando así alcanzada por una dirección unificada y sustituido su interés por el interés del *grupo*(35). Otro es el denominado “contrato de integración” —una especie de cuasi fusión— por el cual una sociedad que participa en otra en más del 95 % integra a la participada —incluyendo su patrimonio y su empresa—, no obstante lo cual, la participada continúa manteniendo su personalidad jurídica(36). El derecho alemán contiene asimismo expresas reglas de protección de los acreedores y de los accionistas externos de las sociedades que forman *Konzern* por alguno de los contratos mencionados(37).

Otra regulación de los *grupos* en el derecho comparado se presenta en Portugal, cuyas normas contemplan dos figuras en relación con la problemática analizada. La primera de ellas es el “grupo por dominio total” que se

(33) Le Pera, Sergio, ob. cit., ps. 230/261.
(34) Manóvil, Rafael M., ob. cit., p. 191.
(35) Manóvil, Rafael M., ob. cit., p. 432.
(36) Manóvil, Rafael M., ob. cit., p. 495.
(37) Manóvil, Rafael M., ob. cit., ps. 438/443 y 499/502. Le Pera, Sergio, ob. cit., ps. 245, 253/261.

da cuando una sociedad se transforma en titular de la totalidad del capital social de otra pasando a formar grupo con esta última por simple fuerza de la ley[38]. La segunda es el “contrato de subordinación” que hace que una sociedad sea controlada o no por otra sociedad, subordine su propia actividad a las directivas de esta última, las que pueden ser contrarias al interés de la subordinada.

Va de suyo que las diferentes reglas que gobiernan los *grupos* en el derecho comparado no se agotan con este breve y parcial vistazo limitado por el alcance de este trabajo, en razón de lo cual y para un conocimiento más integral, se remite a la bibliografía indicada en cada caso.

5. Nacionalidad de las sociedades. Concepto. La doctrina Bernardo de Irigoyen. Situación actual de la cuestión de la nacionalidad

El concepto de la nacionalidad puede ser objeto de variadas definiciones y también de distintos abordajes que van desde lo político, a lo sociológico y a lo jurídico. En este último ámbito, Batiffol ha dicho que la nacionalidad “es la pertenencia jurídica de una persona a la población constitutiva de un Estado”. Niboyet que “es el vínculo político y jurídico que relaciona a un individuo con un Estado[39]”, y Miaja de la Muela que “es un vínculo que proporciona un *status* determinado al individuo que lo posee[40]”.

Las definiciones apuntadas dan cuenta acertadamente de una relación entre un sujeto y un Estado; relación que surge de ciertas causas y que provoca determinados efectos. El Estado otorgante de ese estatus de nacional a una persona regula las condiciones de concesión del mismo (sus causas) y las consecuencias que habrá de generar (sus efectos), sin perjuicio de que, en cuanto a estas últimas, adquirirán especial relevancia también las normas del derecho internacional público.

Una larga discusión en la doctrina se presentó desde antaño orientada a responder si las personas jurídicas y, en particular, las sociedades gozaban de este atributo de la nacionalidad que indiscutiblemente tienen las personas físicas. Este interrogante nació, además de por una inquietud teórica relacionada con una asimilación de las personas jurídicas a las personas humanas, por circunstancias menos teóricas y más prácticas vinculadas al otorgamiento a las sociedades comerciales de protección diplomática por parte del Estado con el que puede decirse que mantienen ese vínculo de nacionalidad. Así se presentaron teorías que negaron cualquier posibilidad de que las sociedades tuvieran nacionalidad, junto a otras que, por el con-

---

(38) Manóvil, Rafael M., ob. cit., ps. 214/215.

(39) Niboyet, Juan P., *Principios de derecho internacional privado*, trad. Ramón Rodríguez, Editorial Nacional, 1974, p. 77.

(40) Miaja de la Muela, Adolfo, *Derecho internacional privado*, t. 1, p. 20.

trario, abonaron la idea y esbozaron diferentes criterios para atribuir nacionalidad a una sociedad comercial.

Así las cosas, en lo que hace a las causas aptas para conferir la nacionalidad a una sociedad, se destacan en el derecho comparado cuatro sistemas que se han propuesto a tal fin [41]. El primero de ellos, llamado de la *autonomía de la voluntad*, sostiene que son los fundadores de la sociedad, esto es, quienes la constituyen, los que en ese acto y en ejercicio de la mentada autonomía, gozan de la facultad de decidir la nacionalidad de esa sociedad. Un segundo sistema de raíz anglosajona es el denominado *de la incorporation*, según el cual la sociedad tiene la nacionalidad del país en que dicha sociedad se ha constituido (donde ha sido incorporada). El tercer sistema de cuño continental europeo se conoce como *de la sede* (*siège*) y postula que la sociedad tiene la nacionalidad en el país donde se encuentra su sede o *siège* [42]. El cuarto sistema es conocido como *del control* y tiene en consideración, para atribuir nacionalidad a una sociedad, la de los titulares del capital aportado y la de los directores o administradores.

Frente a las teorías afirmativas de la nacionalidad de las sociedades se levantaron las que se opusieron rotundamente a esta asimilación con las personas físicas y negaron que las sociedades, en tanto ficciones o creaciones legales, pudieran tener nacionalidad. Dentro de las teorías negatorias ha sido de gran predicamento en el ámbito latinoamericano y de conocimiento internacional, la llamada "doctrina Bernardo de Irigoyen", en homenaje a su autor, quien la planteó en 1876 mientras se desempeñaba como ministro de Relaciones Exteriores de la Nación durante la presidencia de Nicolás Avellaneda.

La aludida doctrina surgió con motivo de un conflicto diplomático suscitado entre la Argentina y Gran Bretaña, debido a la decisión del gobernador de la provincia de Santa Fe de retirar la autorización para funcionar e incautarle las reservas de oro al Banco de Londres y Río de la Plata que actuaba en Rosario, aduciendo que una maniobra de su gerente había provocado el cierre del banco provincial en esa misma ciudad. Esta decisión motivó la amenaza del gobierno británico de situar una cañonera en el río Paraná, frente a Rosario, para prestar la protección que el Banco pudiera necesitar. Este altercado hizo que Bernardo de Irigoyen y el embajador británico Saint John continuaran la discusión por escrito. En ese marco, el canciller argentino negó el derecho de Gran Bretaña de proteger al Banco por considerarlo

(41) LE PERA, SERGIO, ob. cit., ps. 185/191.

(42) Si bien por razones de simplificación y economía de la explicación se hace una traducción literal del concepto *siege* como sede, la doctrina y la jurisprudencia francesa han considerado incluido en aquél no sólo lo que en nuestro medio puede considerarse sede, sino también otros elementos tales como el sitio donde estaban las oficinas administrativas, el lugar donde se hallaba el "cerebro" de la sociedad, el sitio donde se tomaban las principales decisiones para la sociedad e, incluso, el centro principal de explotación (LE PERA, SERGIO, ob. cit., p. 188).

un "nacional" suyo. Fundamentó su postura en que el Banco de Londres y Río de la Plata era una persona jurídica que actuaba con fines determinados, que debía su existencia al país que la autorizaba y que no había en ella nacionales, ni extranjeros, ni individuos de existencia material, sino sólo capitales asociados bajo forma anónima, siendo un hecho eventual la nacionalidad inglesa de los suscriptores de las acciones; hecho susceptible de variar con el tiempo. Esta doctrina, que se ha resumido diciendo que *las sociedades no tienen nacionalidad*, ha triunfado en el ámbito latinoamericano en donde se la conoce como "doctrina argentina".

En cuanto a los efectos de la nacionalidad de las sociedades, se entiende que dependen de ella el reconocimiento de la sociedad constituida en el extranjero —esto implica que la existencia de la sociedad foránea sería juzgada según las reglas que rigen en el Estado de la que es nacional—, la habilitación para actuar —que será exigible a las sociedades con un vínculo de nacionalidad con un Estado diferente de aquel en el que desean desplegar actividad habitual— y el goce de ciertos derechos —del que se deriva la discriminación entre sociedades nacionales y extranjeras a la hora de acceder a determinados derechos o dedicarse a ciertas actividades—.

El derecho argentino no adopta el criterio según el cual las sociedades tienen nacionalidad, y la LGS no hace mención alguna a la cuestión. Sin embargo, y en lo que se ha marcado como una contradicción con la idea negatoria de la nacionalidad, nuestro derecho y también el de países de la región, por razones de coyuntura económica y política han consagrado discriminaciones entre sociedades para acceder a determinadas actividades que encuentran su fundamento en un criterio de atribución de nacionalidad.

En ese sentido, y sin con esto pretender agotar los ejemplos normativos, la ley 18.875 de Compre Nacional, a los fines de la contratación por el Estado de empresas constructoras o proveedoras de obras y servicios, otorga preferencia a las que llama "empresas locales" considerando tales a las que han sido creadas conforme las leyes argentinas, tienen su domicilio en la República, y el 80 % de sus directores, personal directivo y profesionales tiene domicilio en el país[(43)].

En similar orientación, la ley 26.737 de Tierras Rurales limita la adquisición de tierras a personas jurídicas constituidas en la Argentina o en el extranjero *cuyo capital social, en proporción superior al cincuenta y uno por ciento (51 %), o en proporción necesaria para formar voluntad social mayoritaria independientemente del porcentaje accionario, sea de titularidad de personas físicas o jurídicas, de nacionalidad extranjera*[(44)].

Finalmente, y para cerrar esta breve ejemplificación, la reciente ley 26.526 de Servicios de Comunicación Audiovisual dispone que las personas

(43) Art. 1° y 7° de la ley 18.875 de Compre Nacional.
(44) Art. 3°, inc. b, de la ley 26.737 de Tierras Rurales.

de existencia ideal, como titulares de licencias de servicios de comunicación audiovisual y como socias de personas de existencia ideal titulares de esos servicios, no podrán ser *filiales o subsidiarias de sociedades extranjeras, ni realizar actos, contratos o pactos societarios que permitan una posición dominante del capital extranjero en la conducción de la persona jurídica*(45).

Los ejemplos legales antes referidos demuestran que pese a no tener predicamento en nuestro medio la idea que concede nacionalidad a las sociedades, en ciertos y puntuales casos fundados en razones de política legislativa, se ha echado mano, sin decirlo expresamente, a criterios de atribución de nacionalidad (v. gr., el de control y el de incorporación) para establecer un acceso diferente al goce de derechos.

Volviendo a la LGS, se ha dicho que no contiene disposición alguna que aluda a la nacionalidad de las sociedades, no resultando necesario apelar a tan controvertido asunto para encontrar la solución legal a los problemas que puede presentar la actuación en el país de sociedades constituidas en el extranjero(46).

A modo de conclusión, puede decirse que el debate sobre la nacionalidad de las sociedades no tiene en la actualidad, por razones políticas e históricas, la misma trascendencia que tuvo hasta la segunda mitad del siglo XX, habiendo arbitrado los Estados otros mecanismos para lograr la protección de las personas vinculadas a ellos a los que se considera dignos de protección (v. gr., Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones). En nuestro derecho, tradicionalmente contrario a reconocer nacionalidad a las sociedades, aparecen no obstante regulaciones particulares que abrevan en los criterios de atribución de nacionalidad de una sociedad que se han postulado en el pasado, aunque la LGS resulta ajena a ellos y regula las sociedades constituidas en el extranjero sin necesidad de recurrir al concepto de la nacionalidad de aquellas.

6. Actuación extraterritorial de las sociedades. Régimen aplicable en cuanto a la existencia y forma de la sociedad extranjera. Tipo desconocido: su validez

Las sociedades comerciales desde hace siglos buscaron crecer desarrollando sus actividades y sus negocios más allá de las fronteras de los Estados en que habían nacido, en una práctica que no sólo se ha mantenido hasta nuestros días, sino que se ha incrementado notoriamente como consecuencia del desarrollo de las nuevas tecnologías que "acortan las distancias" y del proceso de globalización.

A modo de aclaración, y sin que implique tomar partido en el debate sobre la nacionalidad de las sociedades, se llamará aquí *sociedad extranjera*

(45) Art. 25 de la ley 26.526 de Servicios de Comunicación Audiovisual.
(46) Ver Le Pera, Sergio, ob. cit., ps. 212/219.

a la que se ha constituido fuera de la República Argentina, y a la que la LGS nombra como "sociedad constituida en el extranjero", siendo ambos conceptos equivalentes a los fines de este trabajo.

Una sociedad tiene disponibles diferentes maneras de actuar extraterritorialmente, esto es, fuera del Estado en que ha sido constituida. En una gradualidad de menor a mayor, una sociedad puede, fuera de su país, realizar actos o negocios puntuales o esporádicos; o bien llevar a cabo su actividad propia de manera habitual y permanente; o constituir o participar en sociedades comerciales creadas en un país distinto de aquel en el cual aquélla se constituyó.

Constituye un principio de vigencia global el reconocer la personalidad de las sociedades extranjeras y su derecho a actuar ejerciendo su actividad comercial en el territorio de otro Estado, aunque siempre sometidas a las reglas que a tal fin disponga este último.

La LGS contempla y regula en sus arts. 118 a 124 las "Sociedades constituidas en el extranjero" reconociéndoles diferentes capacidades para actuar en el país, y estableciendo, en cada caso, los extremos que a tal fin deberán cumplir. Avanzando en este trabajo se analizarán dichos supuestos y las normas que a ellos se aplican.

El art. 118 de la LGS, en su primera parte, contiene lo que se denomina en derecho internacional privado una *norma de conflicto*, es decir, una regla que no brinda la solución al caso que el artículo en cuestión describe, sino que se limita a determinar y elegir el derecho de un Estado nacional que sí ha de dar la solución(47).

Esta disposición legal estatuye que "la sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y formas por las leyes del lugar de constitución". Dos aspectos de la sociedad extranjera son alcanzados por esta regla legal, la *existencia* y las *formas*. En el concepto de la *existencia* está implícito el reconocimiento mismo de la personalidad jurídica de la sociedad extranjera, puesto que la ley del lugar de constitución establecerá cuándo la sociedad adquiere la existencia y por ende la personalidad jurídica. En lo que hace a las *formas*, se han considerado allí incluidas y regidas por la ley del lugar de constitución, a las formalidades que deben observarse en el acto de constitución de la sociedad extranjera, a la prueba a rendir por quien quiera cuestionar dicho acto, a las consecuencias de la inobservancia de esas formas, y a las cuestiones de publicidad e inscripción de la sociedad extranjera(48).

Una interesante cuestión interpretativa se ha presentado con respecto a la más que relevante cuestión de la capacidad de una sociedad extranjera,

---

(47) Boggiano, Antonio, *Derecho internacional privado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, ps. 149 y ss.

(48) Boggiano, Antonio, ob. cit., ps. 439/440.

puesto que el art. 118 de la LGS no establece el derecho que ha de regirla, ni otra disposición de la ley se ocupa de esa cuestión. Se agrega al problema el hecho de que el anteproyecto de la LGS sí incluía a la capacidad, junto a la existencia y las formas, como aspectos regulados por la ley del lugar de constitución, mas fue eliminada al sancionarse la LGS. Calificada doctrina sostiene que, dado que según el art. 118 de la LGS, la "existencia" de la sociedad extranjera se rige por la ley del lugar de constitución, todo el acto constitutivo no sólo en sus aspectos formales sino también *sustanciales* se rige por esa misma ley. El objeto social es un requisito sustancial del acto constitutivo que, como tal, queda alcanzado por la norma del lugar de constitución, pero el objeto es asimismo la medida de la capacidad de la sociedad, por lo que ésta debe regirse por la misma que gobierna el objeto, es decir por la ley del lugar de constitución(49).

Ésta es calificada como la "ley personal" de la sociedad que, como tal, además de regular los aspectos hasta aquí tratados, regulará lo que se ha dado en llamar "la organización interna" o "el funcionamiento", comprendiendo en ello a título enunciativo y no taxativo, la formación del capital, contribuciones de aportes, derechos y deberes de los socios, designación y funcionamiento de los órganos sociales, responsabilidad de los administradores, etcétera.

Dado que la ley que regirá la existencia, las formas y la capacidad de la sociedad extranjera será la ley del "lugar de constitución", es preciso determinar qué se entiende por *lugar de constitución*. Una rápida vista sobre el derecho comparado arroja que en la concepción anglosajona, la ley personal se relaciona con el lugar donde la sociedad ha sido incorporada (*incorporation*), mientras que en la concepción continental europea, la ley personal se vincula al lugar en el que la sociedad tiene la sede efectiva (*siège effectif*). A la luz de estos dos criterios se ha propuesto entender, por lugar de constitución, aquel en el que la sociedad adquirió la personalidad jurídica y atenerse a los requisitos que, a tal fin, impone la ley del lugar de registro de la sociedad foránea(50).

El art. 118, primera parte, como se ha explicado, elige un derecho extranjero para regular los aspectos que el mismo artículo describe, y que comprenden, entre otros, a la existencia de la sociedad extranjera, esto es, a su misma personalidad jurídica. El único obstáculo que nuestro país podría levantar contra ese derecho extranjero, para no otorgarle virtualidad, es que afecte el "orden público internacional argentino". Esa afectación de ese orden público exige que la ley extranjera del lugar de constitución sea contraria a los primeros principios en los que se funda la legislación argen-

(49) BOGGIANO, ANTONIO, ob. cit., ps. 443/444.
(50) BOGGIANO, ANTONIO, ob. cit., ps. 442/443.

tina[51]. Una diferencia en la regulación del régimen de sociedades comerciales, entre la LGS y la ley extranjera del lugar de constitución, no habilita a dejar de lado a esta última sino contraviene el "orden público internacional argentino"[52].

Es por ello que la LGS admite expresamente la validez y otorga el reconocimiento a una sociedad extranjera que se ha constituido conforme a un tipo social existente y válido para la ley del lugar de constitución, pero desconocido para LGS. Así, el art. 119 de la LGS dispone: "el art. 118 se aplicará a la sociedad constituida en otro Estado bajo un tipo desconocido por las leyes de la República". Ello importa que, para reconocer a la sociedad extranjera, se mantiene la vigencia y la virtualidad de la ley del lugar de constitución (art. 118, LGS) aun cuando contemple un tipo desconocido para nuestra ley. La disposición se completa estableciendo una norma registral que, en este caso de tipo desconocido, impone "al juez de la inscripción determinar las formalidades a cumplirse en cada caso, con sujeción al criterio del máximo rigor previsto en la presente ley".

De este modo, para las sociedades extranjeras que se constituyeron conforme un tipo social conocido en nuestra ley, las formalidades de registro serán las que para ese tipo establece la LGS. Por el contrario, si la sociedad extranjera presenta un tipo social admitido conforme a la ley de lugar de constitución, pero desconocido para la LGS, será el juez en oportunidad del registro de la sociedad extranjera quien fijará las formalidades que se deberán cumplir en cada caso, con sujeción al máximo rigor contemplado en la LGS. De ello se sigue que, si no pudiera establecerse alguna analogía entre el tipo social de la sociedad extranjera desconocido en nuestro derecho y alguno de los previstos en la LGS, deberán observarse las formalidades previstas para las sociedades anónimas.

7. Acto aislado y ejercicio habitual. Sucursal. Otras formas de representación. Requisitos para su inscripción registral. Emplazamiento en juicio. Representante. Deberes y atribuciones

La LGS contempla y regula los requisitos que debe cumplir una sociedad extranjera que pretende desplegar su actividad extraterritorial dentro de nuestro país.

---

(51) Art. 2600, CCyCN: "*Orden público.* Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios".

(52) Habrá una afectación del orden público internacional argentino en materia societaria, verbigracia, si la sociedad extranjera que quiere ser reconocida como tal en la Argentina contiene en su estatuto alguna de las estipulaciones que el art. 13 de la LGS califica de nulas, en razón de que son admitidas conforme la ley del lugar de constitución. En ese caso, el Estado argentino se halla habilitado a no reconocer a la sociedad extranjera por haberse constituido bajo una ley que vulnera elementales principios de nuestro derecho societario.

El art. 118, en su segundo y tercer párrafo respectivamente, contiene las reglas aplicables a la sociedad extranjera que desea realizar en el país actos aislados, o bien desarrollar aquí el ejercicio habitual de las actividades comprendidas en su objeto social.

La LGS no impone a la sociedad extranjera el cumplimiento de ninguna formalidad de inscripción ni de registro para realizar en el país *actos aislados*. En razón de ello, son libres de hacerlos sin otros requisitos que los que traiga aparejado la ejecución misma de ese acto, pero sin exigencias de orden societario. Dicho esto, se impone cuestionarse acerca de qué se entiende por un acto aislado, ya que de ello dependerá que una sociedad extranjera esté exenta o no de cumplir en la Argentina determinadas formalidades de inscripción y registro.

La respuesta no es sencilla ni puede intentarse una conceptualización general y abstracta. Por el contrario, habrá que analizar en cada caso puntual si de las características del acto y del contexto en el que una sociedad extranjera lo lleva adelante, se debe concluir en que se trata de un *acto aislado*.

La LGS no contiene una definición del término, por lo que su alcance ha quedado librado a la interpretación. En ese sentido, se ha entendido que la adquisición de un inmueble en el país por una sociedad extranjera no constituye un acto aislado(53), y lo mismo se ha concluido respecto de una sociedad foránea que había adquirido diecinueve unidades funcionales y veinticinco complementarias(54).

Otro supuesto analizado por la doctrina se vincula a la participación de una sociedad extranjera en una licitación en el país, concluyendo que la mera participación no constituye *acto aislado*. Se ha dicho que tampoco se sigue que, en caso de ganar la sociedad extranjera esa licitación, y tener que cumplir prestaciones en el país, se esté sin más fuera de un supuesto de acto aislado. Ello dependerá de la clase de actividad que deba desplegar la sociedad extranjera en el país, en virtud del negocio que ha de llevar adelante al haber ganado esa licitación. Así, si este negocio implica desarrollar en la Argentina actividades con habitualidad y permanencia (v. gr., construir una obra, prestar asistencia técnica, etc.) ya no se estará frente a un acto asilado; pero si la prestación a cumplir emergente de la licitación se agota en una actividad puntual y de cumplimiento instantáneo (v. gr., una compraventa que se cumple en una sola entrega), se seguirá en presencia de un acto aislado para cuya ejecución la sociedad extranjera no debe satisfacer formalidad alguna(55).

---

(53) BOGGIANO, ANTONIO, ob. cit., p. 473. En el mismo sentido: CCiv, en pleno, 30/10/2000, JA, 6-46.

(54) CNCom., sala D, 13/10/2005, ED, 27/1/2006.

(55) BOGGIANO, ANTONIO, ob. cit., p. 472.

La Inspección General de Justicia (IGJ) a cargo del Registro Público de Comercio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, órgano ante el cual deben ser cumplidas las formalidades de registro establecidas en la LGS por las sociedades comerciales, tanto locales como extranjeras, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, contiene entre sus normas a la llamada *res. general 7/2005* que establece reglas en relación con los actos aislados. Esta resolución —que sólo tiene vigencia en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— en sus arts. 229 a 236 faculta a la IGJ a recabar información de diferentes fuentes en relación con actos realizados por sociedades extranjeras. El propósito de contar con esa información es verificar la veracidad del carácter *aislado* del acto y, en caso contrario, implementar un mecanismo para que la sociedad extranjera que lo llevó a cabo cumpla con las formalidades de inscripción en el país.

La sociedad extranjera, conforme la segunda parte del art. 118 de la LGS, no sólo está habilitada sin necesidad de cumplir formalidad alguna para realizar en el país actos aislados, sino también para *estar en juicio*. La LGS actual, influida por un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación[56], consagra así, sin cortapisas, el derecho a la jurisdicción para las sociedades extranjeras. Estas sociedades, en orden a estar en juico, no deberán observar obligaciones de inscripción y registro, gozarán de igualdad de trato ante los órganos jurisdiccionales argentinos y no les será exigible ningún depósito o caución para acceder a ellos[57].

El ejercicio habitual de las actividades comprendidas en su objeto social en el país, por parte de una sociedad extranjera, a diferencia de lo que sucede con su opuesto los actos aislados, no puede ser llevado adelante sin cumplir con las exigencias de inscripción y registro de la LGS.

En la práctica, el modo tradicional por el que actúa una sociedad extranjera en el país para el ejercicio habitual de sus actividades es mediante una sucursal. A la sucursal puede caracterizársela como una unidad empresaria con autonomía económica que carece de personalidad jurídica propia independiente de la personalidad de la sociedad extranjera. Ello implica, entre otros efectos, que la sociedad extranjera será responsable con todos sus bienes, incluidos los que estén fuera de la Argentina, por las obligaciones contraídas por su sucursal en el país.

---

(56) CSJN, Fallos 256:263, 31/7/1963, "Potosí SA v. Cóccaro Abel F.".

(57) Art. 2610, CCyCN: "*Igualdad de trato*. Los ciudadanos y los residentes permanentes en el extranjero gozan del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina.

"Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, puede ser impuesto en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado.

"La igualdad de trato se aplica a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de un Estado extranjero".

El art. 118 de la LGS, en su tercer párrafo, describe las formalidades a cumplir por la sociedad extranjera que desea realizar en el país el ejercicio habitual de los actos comprendidos en su objeto social y establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente. Si bien la LGS se refiere a tres supuestos, es decir, *sucursal*, *asiento*, o *cualquier otra especie de representación permanente*, lo cierto es que los requisitos a cumplir son los mismos en todos los casos y los efectos de su actuación idénticos a los indicados más arriba para el supuesto de una sucursal. No cambia lo afirmado el hecho de que a las sucursales se les deba asignar capital *cuando corresponda por leyes especiales*, puesto que fuera de esos especiales casos, la sucursal puede sin inconvenientes carecer de capital asignado.

Los requisitos a cumplir ante la autoridad de registro de que se trate(58) por la sociedad extranjera que desea actuar en el país con habitualidad, a tenor de lo dispuesto en el art. 118, tercera parte, de la LGS, son: *1) Acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país, 2) Fijar un domicilio en la República, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en la República; y 3 Justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará*. A su vez, *si se tratare de una sucursal se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales*.

La sociedad extranjera tiene la facultad de ocurrir ante los tribunales argentinos, como se ha visto antes, siempre y sin limitación alguna, sea que se halle inscripta y registrada en el país o que no se encuentre inscripta en registro alguno. En relación con ello, la LGS regula, en su art. 122, los casos y las modalidades bajo las cuales una sociedad extranjera puede ser citada a efectos de comparecer a un proceso judicial en la Argentina o, dicho en otros términos, pueda ser *emplazada en juicio* en el país. Así, dicha sociedad podrá ser emplazada en juicio en la Argentina de dos maneras: i) en la persona del apoderado de la sociedad extranjera que intervino en el acto o contrato que motivó el litigio, cuando se trate de un *acto aislado*; y ii) en la persona del apoderado si existiere sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación en el país de esa sociedad extranjera(59).

Finalmente, la LGS impone a las sociedades extranjeras que desarrollan en el país actividad habitual, la obligación de llevar contabilidad separada donde se registren exclusivamente las operaciones realizadas en el país, así como el deber de someterse al contralor del tipo de sociedad que ostente esa

(58) El registro de las sociedades comerciales es una facultad no delegada por las provincias en el Estado federal, por lo cual, en cada jurisdicción provincial existe una autoridad encargada de tal actividad. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dicha función es cumplida por la Inspección General de Justicia dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación.

(59) Para un análisis más amplio de esta cuestión ver Masud, Pablo, “Nuevamente sobre el emplazamiento en juicio en la argentina de una sociedad constituida en el extranjero”, RDCO, 2012-B-975, AbeledoPerrot.

sociedad extranjera (art. 120, LGS). En cuanto a los representantes de estas sociedades extranjeras, la LGS, en su art. 121, les hace extensivas las mismas responsabilidades que dicha ley establece para el tipo de sociedad de la sociedad extranjera y, si se tratara de una sociedad de un tipo desconocido para la LGS, sus representantes en el país tendrán la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas.

8. Constitución de sociedad en la Argentina; doctrina y jurisprudencia. Sociedades constituidas en el extranjero para cumplir su objeto en la Argentina

La LGS trata, en su art. 123, otra de las posibilidades de actuación de una sociedad extranjera en el país, que se agrega a la de realizar actos aislados y llevar a cabo el ejercicio habitual de actividades comprendidas en su objeto social, alcanzadas por el segundo y tercer párrafo del art. 118, respectivamente.

Se trata de los casos en los que las sociedades extranjeras ya no efectúan por ellas mismas en el país actos aislados, o actividades habituales comprendidas en su objeto social, sino que constituyen en la Argentina una nueva sociedad con autonomía jurídica de la sociedad extranjera. Entre las diferencias sustanciales que presenta esta modalidad de actuación respecto de las anteriores, se encuentra la posibilidad de limitar la responsabilidad de la sociedad extranjera (eligiendo un tipo societario que lo permita) a los bienes de la nueva sociedad creada localmente. De esta manera se obsta a que pueda hacerse efectiva alguna responsabilidad sobre el patrimonio de la sociedad extranjera por la actividad comercial realizada en el país a través de la sociedad local.

El aludido art. 123 de la LGS impone a las sociedades extranjeras que deseen *constituir sociedad en la República* la obligación de *previamente acreditar ante el juez del Registro que se han constituido de acuerdo con las leyes de sus países respectivos e inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la relativa a sus representantes legales, en el registro Público de Comercio y en el registro Nacional de Sociedades por Acciones en su caso.*

Dado que el art. 123 aludido menciona expresamente el *constituir sociedad en la República* como presupuesto para que sea exigible cumplir con las formalidades de registro de la sociedad extranjera que el mismo impone, se presentó la inquietud acerca de si una sociedad extranjera que adquiriera participación en una sociedad local luego de su constitución estaba exenta de cumplir este art. 123 de la LGS.

La doctrina se expresó en el sentido de considerar que no obstante que el art. 123 de la LGS mencionaba el hecho de *constituir sociedad en la República*, sus disposiciones se extendían a los casos en que una sociedad ex-

tranjera que no había otorgado el acto de constitución de una sociedad local adquiriera posteriormente una participación en ella[60].

La jurisprudencia tuvo oportunidad también de analizar la cuestión expresándose, en general, de manera coincidente con la doctrina en cuanto a la aplicabilidad de dicho artículo, tanto a los casos de constitución de una sociedad local, como a la adquisición posterior de participación en ella, aunque sentó el criterio según el cual la obligatoriedad de dicha norma debía ser analizada en cada caso.

Así, en el caso "Parker Hannifin Arg. SA"[61] se sostuvo que la expresión del art. 123 de la LGS debe ser entendida con criterio amplio, quedando no sólo comprendido el hecho de participar en el acto de la fundación, sino también el de adquirir posteriormente participaciones en sociedad de interés o de responsabilidad limitada. El tribunal destacó asimismo que la cuestión era clara, ya que la participación adquirida por la sociedad extranjera en ese caso había sido del 85 % del capital de la sociedad local. En el caso "A. G. Mc Kee Argentina SA"[62] se formuló una distinción a los efectos de la aplicación del art. 123 de la LGS entre sociedades por parte de interés y por cuotas por un lado, y las anónimas por otro. Tratándose de las primeras, sea la participación de la sociedad extranjera fundacional o adquirida posteriormente, siempre se exige cumplir con el art. 123 de la LGS. Mas en los supuestos de las sociedades anónimas, ello era requerido si la sociedad extranjera concurría al acto fundacional o, posteriormente, adquiría acciones que le otorgaran el control de hecho o de derecho —lo que se verificaba en el caso en análisis—, o bien, sin adquirir esa participación de control tenía un rol activo participando con dichas acciones, denotando así que no se trataba de un accionista ocasional o fugaz. En "Saab Scania Argentina SA"[63] se aplicó el mentado art. 123 de la LGS a una participación mayoritaria y, finalmente, en el caso "Hierro Patagónico de Sierra Grande SA"[64] se determinó la no aplicación de dicho artículo a una sociedad extranjera que ostentaba una participación insignificante en el capital de una sociedad local[65].

---

(60) BOGGIANO, ANTONIO, ob. cit., ps. 477/478; y *Sociedades y grupos multinacionales*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 76; FARGOSI, HORACIO, "Nota sobre los alcances e interpretación del art. 123 de la ley 19.550", LA LEY, 1977-C, 595, y "Anotaciones sobre el límite de votos del art. 350 del Código de Comercio y la Ley de Sociedades Comerciales", LA LEY, 150-1009; ZALDÍVAR, ENRIQUE, *Régimen de las empresas extranjeras en la República Argentina*, 1972, p. 85; HALPERIN, ISAAC, *Curso de derecho comercial. Parte general*, 1973, p. 300.

(61) CNCom., sala B, 2/6/1977, LA LEY, 1977-C, 595.

(62) CNCom., sala C, 21/3/1978, LA LEY, 1978-B, 343.

(63) CNCom., sala D, 20/7/1978, ED, 79-387, LA LEY, 1978-C, 523. En el mismo sentido: CNCom., sala D, 11/10/1978, "Squibb SA", LA LEY, 1979-C, 552.

(64) CNCom., sala A, 13/2/1980.

(65) La sociedad extranjera Widmark & Platzer A. B. tenía una participación de $ 5.518.720 en el capital social de Hierro Patagónico de Sierra Grande SA que ascendía a $ 121.784.041.709.

La disposición que cierra la sección XV de la LGS dedicada a las sociedades constituidas en el extranjero, capta el supuesto de una sociedad que no obstante haberse constituido en el extranjero, tiene su *sede en la República* o *su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma*. Este art. 124 de la LGS determina que una sociedad de esas características será considerada como *sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento*, en otros términos, que será aplicable la ley argentina a esa sociedad constituida en el extranjero.

Esta regla del art. 124 de la LGS es lo que la doctrina conoce como *norma de policía* o, en la terminología del CCyCN, una *norma internacionalmente imperativa o de aplicación inmediata*(66). La presencia de una norma de esta naturaleza, como es la del articulo en cuestión, hace que ante la verificación de los extremos que ella describe —sociedad constituida en el extranjero con su sede o principal objeto destinado a cumplirse en la República— quede desplazada la norma de conflicto del art. 118 de esa ley, no obstante haberse constituido en el extranjero la sociedad y, por consiguiente, también desplazado el derecho extranjero del lugar de constitución, para tener en cambio exclusiva y excluyente virtualidad el derecho argentino.

La interpretación de esta disposición legal no está exenta de problemas, los que aparecen no por el concepto de sede que puede caracterizarse como el lugar en el que se adoptan las decisiones de la sociedad, sino por el giro *principal objeto destinado a cumplirse en la Argentina*. Debe comenzar diciéndose que la sociedad no tiene varios *objetos* como para revestir uno el carácter de principal y otros el de accesorios o secundarios. El objeto de la sociedad es uno, y lo que sí puede haber en número plural son las *actividades* que componen ese *objeto*. Más aún, cuando se entienda que la LGS usó en este caso el término *objeto*, como sinónimo de *actividad* comprendida en el objeto, no desaparecen las dificultades interpretativas. Cómo concluir que un objeto es *principal*, respecto de otros, ha sido materia de profundos abordajes por calificada doctrina que ha llegado incluso a sostener que la interpretación más razonable lleva a determinar que, para la aplicación de este segundo supuesto del art. 124 de la LGS, debe exigirse que el *único objeto* de la sociedad extranjera esté destinado a cumplirse en la Argentina(67).

Sin perjuicio de la prevención hecha más arriba acerca de la vigencia acotada de la res. 7/2005 de la IGJ al ámbito territorial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es oportuno destacar que la aludida resolución impone a las sociedades constituidas en el extranjero presentar anualmente una in-

---

(66) Art. 2599, CCyCN —primera parte—: "*Normas internacionalmente imperativas.* Las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes".

(67) Boggiano, Antonio, ob. cit., ps. 444/452.

formación referente a sus *activos, actividades o derechos en el exterior* que, puestos en comparación con los existentes en la Argentina y junto a otros elementos, le permita arribar a una conclusión acerca de si es en este país donde está destinado a cumplirse el *principal objeto* de la sociedad constituida en el extranjero. De verificarse este extremo, la res. 7/2005 de la IGJ prevé un mecanismo de adecuación de esa sociedad extranjera a la legislación argentina[(68)].

Por último, se advierte en el art. 124 de la LGS la clara intención del legislador de prevenir y sancionar un *fraude a la ley* pergeñado por quienes, pretendiendo formar una sociedad que tendrá su sede o su principal objeto destinado a cumplirse en la Argentina, en lugar de constituirla en el país, lo hacen en un Estado extranjero, seguramente buscando ampararse en los beneficios de una ley foránea que les permite lo que la local les prohíbe. La solución contemplada en la norma es la usual para los casos de fraude, esto es, regir a esa sociedad constituida en el extranjero por la ley que fraudulentamente se buscó soslayar, es decir la ley argentina.

9. Actuación en la Argentina de sociedades extranjeras no inscriptas en el Registro Público, doctrina y jurisprudencia

La exigencia legal para las sociedades extranjeras de cumplir con las formalidades de registro, cuando su intención sea realizar en el país el ejercicio habitual de las actividades comprendidas en su objeto, o bien constituir o participar en sociedades locales, lleva a interrogarse cuáles serían los efectos del incumplimiento de esa obligación por parte de una sociedad extranjera.

Es preciso poner de relieve primeramente que, en el estado de las regulaciones vigentes para las sociedades que actúan en el país sean extranjeras o locales, resulta difícil imaginar que una sociedad extranjera en los hechos y en la realidad actual, pueda actuar en el país dentro del sector formal de la economía sin cumplir con las obligaciones de inscripción y registro en los casos en que debe hacerlo. Ello aplica tanto a sociedades que se dediquen a actividades con un nivel de regulación mínimo (v. gr., normas de registro de actos societarios —IGJ—, normas impositivas, etc.,), como a aquellas con actividades alcanzadas por una mayor regulación (v. gr., actividades financieras, seguros, comercialización de medicamentos, etc.), y también a las que en el ejercicio de su actividad, y sin que ése sea su objeto, realizan algún acto en particular que es materia de regulación específica (v. gr., normas de la Comisión Nacional de Valores, si la sociedad emitiera una obligación negociable o hiciera oferta pública de sus acciones, etc.).

---

(68) Arts. 237/243, res. 7/2005 de la IGJ.

No obstante la aclaración precedente, se impone analizar de todos modos el problema, ya que no es una argumentación válida no reflexionar sobre una determinada potencial situación y su solución legal, con el argumento de que difícilmente vaya a suceder.

En cuanto a la inobservancia del art. 118, párr. 3°, de la LGS, es decir, el caso de una sociedad extranjera que lleva a cabo en la Argentina el ejercicio habitual de sus actividades sin inscribirse ante la autoridad de registro, la LGS no contiene una consecuencia determinada, por lo que la doctrina y la jurisprudencia han ensayado diversas alternativas para dar respuesta al interrogante sobre los efectos de tal conducta (69).

Se ha sostenido que una sociedad extranjera en esas condiciones es una *sociedad irregular* (70). En una posición menos rígida se ha dicho que dicha sociedad tiene una irregularidad acotada territorialmente y restringida a su actuación en la Argentina (71). Otra posición sostiene la inoponibilidad relativa de ella, excepto que se le hubiera hecho conocer al tercero el contrato y la representación orgánica (72). Finalmente, se ha propuesto la inoponibilidad absoluta de la sociedad en el país (73), incluyendo desconocerle el derecho de reclamar judicialmente el cumplimiento de los contratos que hubiera celebrado (74). Sin perjuicio del ya apuntado alcance territorial acotado de la res. 7/2005 de la IGJ, ésta dispone, como una consecuencia registral para una sociedad extranjera en estos casos, la facultad de la autoridad de registro para intimarla a que proceda a su inscripción en legal forma y, en su caso, a accionar judicialmente para que se declare la inoponibilidad de la personalidad jurídica de esa sociedad respecto del o los actos que hubiere celebrado en el país (75).

Dado que, como principio general, las inscripciones ante la autoridad de registro tienen por finalidad el conocimiento de ellas por los terceros, se presenta como razonable que a la sociedad extranjera que las ha incumplido no le sea admisible prevalerse de los efectos jurídicos que emanan de los instrumentos que no ha cumplido en inscribir, en especial de las limitaciones de la responsabilidad que pudiera contener el tipo societario del ente

---

(69) Se seguirá en este desarrollo del profundo estudio de MANÓVIL, R., "Sociedades multinacionales. Ley aplicable a sus formalidades", LA LEY, 2005-A, 1499/1531.

(70) ZALDÍVAR, ENRIQUE, ob. cit., ps. 88/89; KALLER DE ORCHANSKY, BERTA, "Las sociedades comerciales en el derecho internacional privado argentino", LA LEY, 147-201, ROVIRA, ALFREDO, *Sociedades extranjeras*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 64.

(71) ROCA, EDUARDO, *Sociedad extranjera no inscripta*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 56.

(72) MANÓVIL, RAFAEL M., "La consecuencia de la falta de inscripción de una sociedad extranjera que actúa en el país no es su irregularidad", ponencia en *Derecho societario argentino e iberoamericano*, t. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 505.

(73) NISSEN, RICARDO, *Sociedades. Ley de sociedades comerciales*, t. II, 2ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 1997, ps. 323 y 334.

(74) CNCiv., sala F, 5/6/2003, "Rolyfar SA c. Confecciones Poza SA", LLBA, 25/6/2003.

(75) Arts. 232 y 234, res. IGJ 7/2005.

foráneo. Ello abona la tesis según la cual se sanciona con la inoponibilidad a la sociedad que no ha observado esa manda; aunque esa inoponibilidad debería ser relativa, de modo que no se aplique al caso en que la sociedad extranjera hizo conocer de todos modos al tercero con el que contrató los instrumentos que no ha registrado en el modo indicado por la ley. Va de suyo que, para el tercero y para el acto que se ha celebrado en cuanto a aquél se refiere, no puede tener ninguna consecuencia la falta de inscripción de la sociedad extranjera.

En lo que hace a la falta de cumplimiento de la inscripción estatuida en el art. 123 de la LGS para la sociedad extranjera que va a constituir una sociedad local o a participar en una ya constituida, dicha norma tampoco contiene una consecuencia específica para esa inobservancia, en razón de lo cual la doctrina y la jurisprudencia han ensayado distintos caminos de solución.

Ellas van desde la inoponibilidad de la participación societaria, salvo respecto de quienes la hubieren consentido(76), a la privación del derecho de la sociedad extranjera de votar(77), y a la de la nulidad de los actos realizados(78). Al igual que lo dicho en el caso anterior, debido a que la falta de inscripción en el registro acarrea por principio la inoponibilidad, la sociedad extranjera que no ha cumplido con la inscripción del art. 123 de la LGS no puede invocar su existencia ante la sociedad local ni, en consecuencia, ejercer su derecho de voto en la misma.

La res. 7/2005, IGJ, en su restringido ámbito de aplicación territorial, prevé como consecuencia, en estos casos, la no inscripción de los actos en los que ha participado una sociedad extranjera no inscripta en los términos del art. 123 de la LGS(79), si su intervención sola o junto a otros socios ha sido determinante para formar la voluntad social(80). Asimismo, contempla la aplicación de una multa para los administradores que admitieron la participación de una sociedad extranjera en infracción a sus deberes de registro en una asamblea de sociedades por acciones(81).

---

(76) BENSEÑOR, NORBERTO, *Actuación extraterritorial de sociedades constituidas en el extranjero. En La sociedad comercial ante el tercer milenio*, t. II, Cámara de Sociedades Anónimas y UADE, Buenos Aires, 1998, ps. 43/4.

(77) CNCom., sala B, 12/12/2001, "Rosarios de Betesh Enriqueta c. Rosarios y Cía. SA s/sumarísimo", ED, 199-172. En el mismo sentido CNCom., sala C, 14/2/2003, "Catena v. Sydney Inversora SA", DJ, 2003-2-813.

(78) JCiv. 91 (firme), 11/8/2003, "Cinelli c. Dispan SA", *Revista de las Sociedades y Concursos*, nro. 23, p. 243.

(79) Si la sociedad extranjera, no obstante no estar inscripta por el art. 123 de la LGS, lo estuviera por el art. 118 de la LGS, se da por cumplida la primera inscripción, ya que la del art. 118 subsume a la registración exigida por el art. 123 de la LGS (art. 189, res. 7/2005, IGJ).

(80) Art. 232, *in fine*, res. IGJ 7/2005.

(81) Arts. 226, res. IGJ 7/2005 y 302, inc. 3°, LGS.

10. Las denominadas sociedades *off shore*. Inversiones extranjeras. Régimen legal

Las sociedades *off shore* han sido calificadas como las que se constituyen en un determinado Estado y al amparo de sus normas, pero cuya actuación debe llevarse a cabo, exclusiva o predominantemente, fuera de ese país donde su actividad está derechamente vedada o sumamente restringida.

Se ha destacado que estas sociedades persiguen la obtención de ventajas tales como, la unipersonalidad, el anonimato de la propiedad de las acciones, el capital en moneda extranjera, un administración flexible, una contabilidad de escasa sofisticación, escasa publicidad registral y, en particular, baja tributación societaria(82). Si bien no se escapa que estas situaciones, no todas reprochables, pueden producirse y de hecho se han verificado en gran cantidad en la historia reciente, no siempre y en todos los casos en que se presente una sociedad *off shore* debe darse por sentado y acreditado que se busca satisfacer fines espurios.

La LGS no contempla la posibilidad de constituir en la Argentina esta clase de sociedades. En cuanto a las de esta naturaleza constituidas en el extranjero que pretenden actuar en el país, bajo el prisma del derecho societario exclusivamente, el abordaje que impone la LGS debe efectuarse con apoyo en los arts. 118, 123 y 124 de la LGS.

De ese modo, si una sociedad extranjera *off shore* realizara en el país un acto aislado, ninguna formalidad de registro debería cumplir. Por el contrario, si deseara ejecutar en la Argentina de forma habitual sus actividades deberá cumplir con las exigencias de registro del art. 118, párr. 3°, de la LGS, analizadas en un acápite anterior. Del mismo modo, si su intención fuera constituir o participar de una sociedad local deberá estar a lo normado en el art. 123 de esa misma ley. Por otra parte, les será enteramente aplicable a esas sociedades las disposiciones del art. 124 de la LGS, analizadas más arriba, por lo que serán consideradas sociedades locales si, no obstante estar constituidas en el extranjero, tuvieran su *sede* en el país o *su principal objeto* destinado a cumplirse en la Argentina. Vale decir que, desde un punto de vista societario, no difiere el tratamiento que la LGS dispensa a la sociedad *off shore* respecto de cualquier otra sociedad constituida en el extranjero que no sea tal.

La reiteradamente aludida res. 7/2005 de la IGJ contiene regulaciones vinculadas a las *sociedades off shore* que han merecido críticas de cierto sector de la doctrina(83). Esta normativa, que se reitera, se encuentra restringida

---

(82) Ver Favier Dubois (h), eduardo, "La resolución general 2/05 de la Inspección General de Justicia y el debate sobre las sociedades *off shore*", LA LEY, 2005-B, 1029.

(83) Manóvil, Rafael M., "Una lectura crítica de la resolución de la Inspección General de Justicia 2/2005", LA LEY, 2005-B, 1090.

en su vigencia al ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dispone que no serán inscriptas a los fines de realizar en el país el ejercicio habitual de las actividades de su objeto, ni para constituir o participar en una sociedad local, las provenientes de *jurisdicciones de ese carácter*(84). Este criterio restrictivo que veda absolutamente la regular actuación de estas sociedades en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no se desprende de la LGS, como se ha dicho, ni resulta de aplicación general en todo el territorio del país, sino sólo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A efectos de culminar este trabajo, y en razón de que la temática de las sociedades extranjeras se relaciona estrechamente con el de las *inversiones extranjeras*, al punto de ser las primeras una de las formas posibles de canalización de estas últimas, es preciso hacer unas consideraciones sobre esta temática.

La República Argentina ha consagrado normas de protección de las inversiones extranjeras tanto en su fuente interna como en la fuente internacional o convencional.

En el primero de esos ámbitos debe mencionarse la ley 21.382 (t.o. aprobado como anexo I del dec. 1853/1993) de Inversiones Extranjeras. Esta norma coloca a los inversores extranjeros que inviertan capitales en el país para la promoción de actividades de índole económica o para la ampliación o perfeccionamiento de las existentes, en igualdad de condiciones en cuanto a derechos y obligaciones con los inversores nacionales (art. 1°). Asimismo, esta ley garantiza a los inversores extranjeros la transferencia al exterior de las utilidades líquidas y realizadas provenientes de sus inversiones, y la repatriación de su inversión (art. 6°).

En el terreno convencional o internacional deben mencionarse los *Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones* que la Argentina ha ratificado con diferentes países del mundo(85). Estos tratados internacionales, con diferencias de matices, confieren al inversor extranjero, entre otros, los siguientes derechos: un trato justo y equitativo, un trato no discriminatorio, la protección y seguridad plenas de su inversión, la cláusula de la Nación más favorecida, el trato nacional, la eliminación de la doble imposición, y un mecanismo arbitral como método para resolver las dispu-

(84) Art. 193, res. IGJ 7/2005. En cuanto a las *jurisdicciones off shore*, la resolución de marras dispone en su art. 248, inc. 4°, que son "aquellas —entendidas en sentido amplio como Estados independientes o asociados, territorios, dominios, islas o cualesquiera otras unidades o ámbitos territoriales, independientes o no— conforme a cuya legislación todas o determinada clase o tipo de sociedades que allí se constituyan, registren o incorporen, tengan vedado o restringido en el ámbito de aplicación de dicha legislación, el desarrollo de todas sus actividades o la principal o principales de ellas en dicho territorio".

(85) Actualmente, y según la información dada por el Ministerio de Relaciones Exteriores en su página *web*, están en vigor treinta y seis Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de los que la Argentina es parte (*http://tratados.mrecic.gov.ar/busqueda.php?consulta=si&modo=c&pg=1*).

tas que se pudieran generar entre el Estado y el inversor extranjero con motivo de la aplicación del tratado. En gran parte de estos tratados el arbitraje establecido es el del "Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)" que funciona en el marco del Banco Mundial.

Síntesis

1) Las sociedades comerciales establecen entre ellas vinculaciones contractuales propiamente dichas, contractuales de colaboración y de participación. Las vinculaciones de participación implican que una sociedad comercial sea socia de otra.

2) Una sociedad tiene limitada su participación en otra a un monto que no exceda a las reservas libres, a la mitad del capital y a la mitad de las reservas legales (art. 31, LGS).

3) La limitación precedente no se aplica a las sociedades que tengan objeto exclusivamente financiero o de inversión, a las que hubieran obtenido una dispensa especial del Poder Ejecutivo nacional para exceder esos límites, o cuando el exceso en la participación resultare del pago de dividendos en acciones o por la capitalización de reservas de la sociedad participada (art. 31, LGS).

4) La LGS prohíbe expresamente las participaciones recíprocas, excepto cuando se trate de una sociedad controlada que participa en la controlante hasta un monto que no supere sus reservas excluidas la legal (art. 32, LGS).

5) Las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo pueden participar en sociedades por acciones (art. 30, LGS).

6) Las sociedades vinculadas son las que participan en más de un 10 % en el capital de la otra, derivándose de ello la obligación de cumplir determinadas obligaciones de información contable (arts. 33, 63, 64, 65 y 66, LGS).

7) Las sociedades controladas son aquellas en las que otra sociedad está en condiciones de determinarles su voluntad: i) por tener las participaciones necesarias para formar siempre y en todos casos la voluntad social de la controlada en sus órganos competentes (control de derecho e interno) (art. 33, inc. 1°, LGS); ii) sin tener las participaciones para formar siempre la voluntad social de la controlada, pero por circunstancias que se verifican en la realidad concreta (v. gr., ausencia de otros socios) cuenta con el poder de determinar las decisiones de la controlada en sus órganos competentes (control de hecho e interno) (art. 33, inc. 2°, LGS), y iii) por ejercer una influencia dominante sobre la controlada en razón de especiales vínculos de carácter económico que la relacionan con la controlada (control de hecho y externo o económico) (art. 33, inc. 2°, LGS).

8) Las consecuencias principales de una situación de control de derecho son: i) deberes de confección de contabilidad e información (arts. 62 a

66, LGS); ii) incompatibilidades para el ejercicio de la sindicatura (art. 286, inc. 2°, LGS), y iii) fiscalización estatal permanente de darse alguno de los casos del art. 299, LGS (art. 299, inc. 6°, LGS).

9) Las consecuencias principales de una situación de control interno o externo, o económico son: i) la extensión de la quiebra a la controlante si se dan los demás requisitos de la ley (art. 161, LCQ); ii) la extensión de la responsabilidad por obligaciones con los trabajadores o con los organismos de la seguridad social a las sociedades enlazadas en una situación de control, si hubiera habido maniobras fraudulentas o conducción temeraria (art. 31, LCT); iii) la inoponibilidad de la personalidad jurídica de verificarse las condiciones de la LGS (art. 54, 2ª parte, LGS).

10) La agrupación de sociedades puede llevar a conformar grupos de colaboración o grupos de subordinación, llamados estos últimos *grupos de sociedades.*

11) Los grupos de sociedades se caracterizan por presentar una situación de dominio y subordinación entre las sociedades, donde una ejerce control sobre las otras (sea de derecho o de hecho, interno o externo, o económico), hay una dirección unificada y el interés del grupo se coloca por encima de los intereses individuales de cada una de las sociedades que lo componen.

12) El derecho argentino en general, y la LGS en particular, no regulan de manera sistemática a los grupos de sociedades. No obstante ello, se aplican las normas previstas para situaciones de control societario, ya que éste se halla presente en los grupos de sociedades.

13) En el derecho comparado existen ejemplos de regulaciones específicas, integrales y sistemáticas de los grupos de sociedades y de su funcionamiento, siendo el principal, el derecho alemán con la normativa aplicable al *Konzern*.

14) La nacionalidad de las sociedades ha sido un concepto debatido en la doctrina de diferentes países, en particular hasta la segunda mitad del siglo XX, habiendo teorías que afirmaban que las sociedades tenían nacionalidad junto a otras que la negaban.

15) La doctrina Bernardo de Irigoyen (esbozada por el canciller argentino durante la presidencia de Avellaneda) postuló la inexistencia de nacionalidad de las sociedades comerciales en el marco de una disputa con Gran Bretaña, adquiriendo esa doctrina gran difusión en el ámbito latinoamericano y conocimiento universal.

16) El derecho argentino, si bien no reconoce nacionalidad a las sociedades, contiene reglas aisladas en cuestiones de variada índole que abrevan en aquella idea para discriminar a sociedades con vínculos foráneos en el acceso a determinados bienes y actividades.

17) A las sociedades extranjeras, como principio generalmente aceptado, se les reconoce el derecho a actuar extraterritorialmente, siempre sometidas a las normas del lugar donde desplieguen sus actividades.

18) La LGS impone regular la existencia (lo que implica el reconocimiento a la personalidad jurídica), las formas, la capacidad, y todo lo referente a la "ley personal" de la sociedad extranjera, por la ley del Estado en el que se constituyó.

19) La LGS contempla tres tipos diferentes de actuación de una sociedad extranjera en el país: i) la realización de actos aislados y estar en juicio, para lo cual no exige el cumplimiento de ninguna formalidad (art. 118, 2ª parte, LGS); ii) el ejercicio habitual en el país de las actividades comprendidas en el objeto social, a cuyo fin deberá cumplir las formalidades de inscripción y registro del art. 118, 3ª parte, LGS, y iii) la constitución o participación en una sociedad local, para lo cual deberá observar las formalidades de inscripción y registro del art. 123, LGS.

20) La sociedad extranjera que adoptare un tipo desconocido para LGS es reconocida en el país, debiendo el juez establecer las formalidades de registro que deberá cumplir sometida al criterio del máximo rigor (art. 119, LGS).

21) La sociedad extranjera que ejerza de modo habitual las actividades de su objeto sin cumplir el art. 118, 2ª parte, LGS, no podrá prevalerse de las ventajas que arroje el tipo social adoptado, en especial en lo referente a la limitación de la responsabilidad. La que constituya o tome participación en una sociedad local sin observar el art. 123 de la LGS no podrá ejercer sus derechos de voto en la sociedad local.

22) La sociedad extranjera que tenga su sede o principal objeto destinado a cumplirse en el país será considerada sociedad local y sometida a la LGS en todos sus aspectos (art. 124, LGS).

23) Las sociedades *off shore* son las constituidas en el extranjero que tienen vedada o fuertemente restringida su actuación en el país de su constitución, por lo que despliegan su actividad exclusiva o predominantemente fuera de aquél.

24) La sociedades *off shore* no están reguladas en la LGS, por lo que no pueden constituirse en la Argentina sociedades de esa naturaleza. A las de esa clase, constituidas en el extranjero, que pretenden actuar en el país, les resultan aplicables los arts. 118 a 124, LGS sin ninguna consideración adicional.

25) La Argentina cuenta con normas de protección de inversiones extranjeras en su fuente interna y en la fuente convencional. En la primera se destaca la ley 21.382 y, en la convencional, los *Acuerdos para la Promoción y*

Protección Recíproca de Inversiones que la Argentina tiene vigente con distintos Estados. En ambos casos, esas normas persiguen brindar un marco de seguridad para las inversiones extranjeras que garantice, entre otros derechos, el respeto a la propiedad del inversor extranjero, la igualdad con los inversores nacionales, la libre transferencia de las ganancias y la repatriación de la inversión.

Capítulo XIII

Las sociedades de personas

Por Mercedes Guadalupe Rubino(1)

1. Introducción

Luego de tratar el esquema general del negocio que da origen, conforme a la ley, a la sociedad comercial, corresponde ingresar en el tratamiento de la tipología societaria.

La LGS inicia el capítulo II con el tratamiento de las sociedades llamadas “personalistas” por oposición a las “capitalistas”, “de personas” o “por partes de interés”, refiriéndolas, con más justeza esta última, a las participaciones que tendrán los socios en las mismas.

Estas calificaciones han sido criticadas, ya que son usadas más como un giro lingüístico que como una calificación técnica, pues no hay sociedades que no sean constituidas por personas, ni sociedades sin capital, ni sociedades de capital sin socios.

En definitiva, lo que indica este primer grupo de tipos es una particular presencia del socio en la vida y en la responsabilidad de la sociedad más

---

(1) Abogada. Profesora adjunta de Instituciones de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Económicas, UBA.

presente y directa que la que hallamos en las sociedades anónimas, por ejemplo.

Como se verá, son éstas las sociedades de estructura más simple, donde puede encontrarse mayor presencia de la autonomía de la voluntad de los constituyentes para organizar el negocio jurídico. Considerando el principio organicista que rige la estructura de los tipos en nuestra ley, se llega a hablar de autoorganicismo para describir a estas sociedades, ya que la presencia de la voluntad de los socios en el contrato constitutivo es la norma primera a la que atenerse en materia de estructura y puesta en práctica de las funciones de administración, representación, gobierno y fiscalización. Sólo subsidiariamente la ley establece la organización mínima que deben éstos tener. Basta hacer notar las frases reiteradas en la ley, *en defecto de regulación, salvo pacto en contrario*.

Cierto es que también, por el tipo de responsabilidad que pesa sobre los socios(2), son, en la actualidad, las menos usadas.

2. Sociedad colectiva

2.1. Antecedentes

Como todas estas figuras, su origen está en la sociedad familiar. Para este tipo se suele ubicar su nacimiento en la Edad Media, en Florencia, con las empresas familiares, donde, además del vínculo económico, estaba presente el afectivo.

De allí la característica que marcará hasta hoy este tipo: el elemento personal(3), el especial vínculo entre los socios, derivado de los de sangre. Obedecía esta organización a las necesidades de la sucesión o de la actividad grupal, en un principio, con indiferencia de responsabilidad, incluso sin personalidad jurídica, donde el patrimonio de la agrupación se tenía "en mano común", es decir, los socios no podían disponer sin el consenso de los otros socios(4).

Ante la muerte del padre, los hijos continuaban el negocio común, creándose entre ellos la comunidad denominada *fraterna compagnia* (derivado de quienes en la mesa compartían el "mismo pan"). De allí deriva, hasta los ordenamientos actuales, la adición de "y compañía" para estos tipos societarios.

En una evolución posterior, se agregarán los grupos conformados por los artesanos y sus aprendices, esto es, las comunidades de trabajo.

---

(2) Y, muchas veces, por cuestiones más sociológicas o culturales.

(3) Que hace calificar a estos contratos de *intuitu personae*.

(4) RICHARD, EFRAÍN H. - MUIÑO, ORLANDO M., *Derecho societario*, Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 328

Presentes aquí sus elementos esenciales, la sociedad colectiva no ha perdido estas características esenciales, en sus diversas consagraciones legales, a través del tiempo. Sin embargo, cabe considerar que la sociedad colectiva, tal como hoy la recepta nuestra ley, es un sujeto de derecho distinto de sus socios, con lo que “llevar la actividad común" cobra otra significación.

2.2. Su personalidad jurídica

La introducción de este tipo en la LGS proviene de la caracterización en el derecho francés. El reconocimiento de personalidad jurídica implica, como ya se ha explicado, considerarla como un centro de imputación de derechos y deberes distintos de los socios que la fundaron.

La consideración general del art. 2°[5] de nuestra ley implica adscribir nuestra legislación a las que consideran una personalidad jurídica diferenciada a todos los tipos legales.

2.3. Caracterización. La responsabilidad de los socios

Según la doctrina comparada[6], la sociedad colectiva se caracteriza por tres factores esenciales:

a) es una sociedad de trabajo, con vocación, en principio al menos, de todos los socios de administrar y dirigir los asuntos sociales;

b) las condiciones personales de cada socio es la causa determinante de la constitución de la misma, presente en el consentimiento de cada uno de los socios;

c) la responsabilidad para sus socios es ilimitada (se volverá sobre el particular).

Esto significa que la persona de los socios es determinante de la formación del consentimiento de cada uno de ellos. Y esa especial consideración debe permanecer durante toda la vida de la sociedad.

A diferencia del anterior Código de Comercio (art. 301), la LGS no define a la sociedad colectiva, sino que enuncia, en el art. 125, las características de la responsabilidad de los socios, características esenciales del tipo. Los socios de la sociedad colectiva responden, por las deudas sociales, en forma ilimitada, subsidiaria y solidaria.

Cabe recordar, en primer lugar, que se ha dicho que en estos tipos es donde adquiere mayor presencia la autonomía de la voluntad de los constituyentes, por eso, dice el segundo párrafo del art. 125 que no se atipifica

(5) *La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley.*
(6) Richard, Efraín H. - Muiño, Orlando M., ob. cit., p. 329.

la sociedad por la disposición en el contrato constitutivo de no responder solidariamente alguno de los socios. Inoponible ante terceros, el pacto es perfectamente válido entre los socios.

Como dice la ley, su responsabilidad es *ilimitada*, esto es, responden con todo su patrimonio por las deudas sociales sin posibilidad de limitación. Así, la quiebra de la sociedad importa, por ejemplo, la quiebra de los socios.

Esta responsabilidad ilimitada, sin embargo, es *subsidiaria*. Cabe aquí recordar el principio que en la parte general establece la LGS en su art. 56. Para la sociedad regular, sujeto de derecho distinto de la persona de sus socios y, como tal, titular de su propio patrimonio, la ejecución de la sentencia condenatoria tiene fuerza contra éstos, de acuerdo con su responsabilidad (y en este tipo es de aplicación), "previa excusión de los bienes sociales, según corresponda de acuerdo con el tipo de sociedad".

La responsabilidad subsidiaria importa, entonces, que previamente a ejecutar el patrimonio de los socios por las deudas sociales, el acreedor social deberá ejecutar y agotar primero el patrimonio de la sociedad. Así lo aclara la jurisprudencia Comercial(7): *la oposición del beneficio de excusión que indudablemente asiste a los socios de la sociedad colectiva por la naturaleza subsidiaria de su responsabilidad no empece a su deber de responder por la obligación sobre la que verse el litigio si la sociedad no atiende su compromiso, pues dicho beneficio sólo puede ser opuesto ante el concreto intento de ejecución de la sentencia contra el socio sin la previa excusión de los bienes sociales.*

Esta característica del tipo sólo hace reafirmar el principio legal de la personalidad societaria y la independencia del patrimonio social y del patrimonio de los socios. Éstos no son condóminos de los bienes sociales (por el principio del art. 2°, LGS, en ninguno de los tipos) tampoco en este tipo. La diferencia, respecto de estas clases que se analizan, es que, una vez efectuado el agotamiento del patrimonio de la sociedad, los socios, de haber un remanente impago, responden con todo su patrimonio personal por las deudas sociales.

Por último, esta responsabilidad de los socios es *solidaria*. Frente las deudas sociales, previa excusión, como se dijo, del patrimonio social, éstos son deudores solidarios entre sí. Cabe distinguir que no son solidarios con la sociedad, pues la ley establece que su responsabilidad es subsidiaria, sino que una vez que sean puestos en la situación de afrontar las deudas sociales, ellos deben responder como los socios solidarios.

En la solidaridad, rigen las normas del derecho común referidas a la solidaridad pasiva. Esto significa remitirse hoy a los arts. 827 a 832 del Código Civil y Comercial de la Nación, en general, y a los arts. 833 a 843, en lo referente a la solidaridad pasiva.

(7) CNCom., sala A, 31/5/1995, LA LEY, 1996-E, 299.

Éste es un caso claro respecto a las fuentes de la solidaridad de acuerdo con el art. 828, esto es, las fuentes de la solidaridad son el acuerdo de partes, o la ley. La solidaridad surge directamente del art. 125, LC.

Ésta, en las obligaciones de sujeto plural, implica que cada uno de los deudores deba responder por la totalidad de lo adeudado (art. 833, CCyCN) y, a su vez, que cualquiera de los socios-deudores tiene derecho a pagar el total de la deuda (art. 834); esto sin proporción alguna, ni al número de socios-deudores, ni a lo aportado a la sociedad. Una vez cancelada la deuda, el socio tiene derecho de repetición contra los demás, por su contribución, de acuerdo con lo fijado en el contrato social (art. 840).

2.4. Denominación social

El art. 126, LGS, establece que la denominación de la sociedad debe integrarse con las palabras “sociedad colectiva” o su abreviatura, no su sigla. En el segundo párrafo menciona el elemento razón social. Como se ha dicho al introducir los antecedentes históricos de la figura, *razón social* deriva del italiano *per ragione sociale*, que indicaba que los negocios realizados con terceros no se realizaban directamente por la persona contratante, sino por causa, por razón, del negocio común, por cuenta de la compañía familiar o de aprendices, con lo que esa contratación no afectaba personalmente al contratante, sino a la compañía.

Según decía el Código de Comercio, anterior a la LGS, la razón social, característica de las sociedades personalistas, equivale plenamente a la firma de todos los socios, como signo diferencial claro frente a las sociedades anónimas. La razón social se integraba con el nombre de todos, o algunos de ellos, y el aditamento de “y compañía” o su abreviatura.

Al adoptar la LGS el sistema de denominación social, este elemento de razón social perdió trascendencia, no siendo ya un elemento típico, sino una opción para los socios. Así, el párr. 2° del art. 126, LGS, sostiene este sistema de razón social.

En tanto, la denominación social, propia de las sociedades con limitación de responsabilidad (SA, SRL), en principio, no puede ser subjetiva. Para estos tipos, podrá ser tanto subjetiva como objetiva, con nombre de fantasía, siempre con el aditamento del tipo social.

La modificación de la razón social, según el art. 126, LGS, debe ser aclarada para que no deje margen de duda en la identidad societaria. Es ésta una modificación del contrato (art. 12, LGS), con lo que los socios deben cumplir todos sus requisitos.

Por último, establece la ley que la violación a lo prescripto en el art. 126 hará a quien firme por la sociedad responsable, solidario con ésta, por las obligaciones así contraídas.

2.5. Administración

Como se ha dicho, el principio de autonomía de la voluntad está presente y es protagonista en materia de organización de este tipo societario. Se habla así de un absoluto autoorganicismo en sus funciones. El poder, tanto de administración, cuanto de gobierno, representación y fiscalización, recae sobre la persona de los socios (art. 127, LGS).

Éste es el principio general en materia de régimen de administración (art. 11, 6, LGS). Con ello, carece de un órgano de administración diferenciado, por esta razón, los socios pueden organizar de la manera que crean conveniente el ejercicio de la administración de la sociedad. Será así delegar en el contrato a determinado o determinados socios, a tercero o terceros. Asimismo, podrán otorgarles a éstos o vedarles a algunos, o a personas diferentes, la representación de la sociedad. De la misma forma, podrán establecer qué forma tomará ese ejercicio de la administración o representación cuando ésta sea plural: en forma indistinta, simplemente plural conjunta, o en forma colegiada (al estilo de las sociedades por acciones).

El art. 128, LGS, establece que si no han establecido los socios la administración en cabeza de varios de ellos, sin especificar funciones o forma de actuación, se entiende que pueden actuar indistintamente. Hace aplicación también del art. 58, disponiendo que si la actuación se ha previsto en forma conjunta, nada podrán hacer individualmente.

El principio es lo que hayan establecido los socios en el contrato social. En la planificación será muy importante el debido cuidado de éstos en diseñar la forma que más se adapte al negocio a llevar a cabo a través de la sociedad.

La LGS establece un régimen en el caso en que los integrantes no hayan realizado estas previsiones. En dicho caso, cualquiera de ellos administrará en forma indistinta. Esto es, no solamente un derecho de los socios, sino también un deber de los mismos para con la sociedad: involucrarse en la administración y en los negocios de ésta. Se entiende que, en los términos del art. 91, LGS, será su negativa causal de remoción.

Aunque la última parte del art. 127 sólo se refiera a la administración, cabe extenderla a la función de representación, que es un órgano diferente.

2.6. Remoción del administrador

Es necesario establecer, como principio, que el administrador de la sociedad colectiva cesa en su cargo: por expiración del plazo por el que fue nombrado, por remoción, por muerte o incapacidad, por exclusión (según el art. 91, LGS, cuando corresponda) y por renuncia. Cualquiera que sea el caso, generará este cese la obligación de inscripción, conforme al art. 60, LGS.

El principio general que trae el art. 129, LGS, marca una diferencia con el régimen del mandato y la representación. Dice la ley que el administrador puede ser removido en cualquier tiempo y sin invocación de causa. Esto así, sea éste socio o no y aunque haya sido designado en el contrato social.

El artículo establece también la posibilidad de incluir en el contrato constitutivo cláusulas referentes a la remoción de administrador, al decir "salvo pacto en contrario". En este caso, deberá cumplirse la causa, el tiempo y todos los requisitos que ésta establezca.

El segundo párrafo se refiere a cuándo la cláusula de remoción requiere "justa causa". En este caso, la remoción no puede operar sin ésta. Pero, puede suceder que el administrador ataque, controvierta, ponga en duda la existencia de esta causal. En ese caso, sigue diciendo la ley que conserva su cargo hasta que una sentencia judicial establezca que ésta ha acaecido.

Sin embargo, es de aplicación aquí el régimen de intervención judicial establecido en la LGS.

Es posible, dice la ley, que cualquier socio pueda reclamar judicialmente esta remoción, invocando la justa causa.

El último párrafo del art. 129 indica la posibilidad de que el administrador haya sido designado como condición de la constitución de la sociedad. Esto se aplicará también a la modificación contractual posterior. En este caso, la ley no establece que no pueda suceder su remoción (ya que ésta está fundada, como se ha visto en la parte general) en el mal desempeño del cargo, o la actuación que no cumpla con los deberes de lealtad y diligencia del buen hombre de negocios (art. 59, LGS). Incluso así, puede removerse, sin invocación de causa, en cualquier tiempo.

Sí otorga la ley, al haber sido la condición a la que se sujetó la celebración del contrato, el derecho de receso para los socios disconformes con esta decisión de remoción. Al respecto, dice la exposición de motivos de la ley 22.903 (modificatoria de la 19.550), que esta situación *es más gravosa que la planteada en los casos de remoción, dadas análogas circunstancias, de los gerentes de la sociedad de responsabilidad limitada, habida cuenta de la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios colectivos por los resultados de la gestión, a punto tal que en el derecho comparado esta remoción ha llegado a ser considerada como causal de disolución; la Comisión ha entendido excesiva esta última –causal disolutoria- pero ha entendido lógico que el socio colectivo tenga un tratamiento análogo al cuotista de la sociedad de responsabilidad limitada, por lo que se le otorga el derecho de receso*.

El derecho de receso, sus requisitos, condiciones y forma de ejercicio se encuentra regulado en el art. 245, LGS, en la sección dedicada a las sociedades anónimas. A partir de ello, es posible circunscribir el alcance de la expresión "socios disconformes" del art. 129, requiriendo en ellos una determinada actitud. Siendo la remoción del administrador una decisión so-

cial de las mayorías establecidas, es necesario, conforme a este artículo, que quienes pretendan ejercerlo hayan votado en contra de la decisión o hayan estado ausentes, acreditando su calidad de socios al tiempo de celebración de la asamblea.

2.7. Renuncia

La ley reconoce en el art. 130 la posibilidad de renuncia del administrador, en principio, en cualquier tiempo. La excepción: el pacto en contrario en el contrato.

Podrá renunciar el administrador, sea éste socio o no.

No será necesario, como sí la ley lo pide para los administradores de las sociedades anónimas, que esta renuncia sea aceptada.

Alguna doctrina(8) hubo de requerir, criterio que no se comparte, la justa causa para la renuncia. Se entiende que, donde la ley no distingue, no debería hacerlo el intérprete, teniendo en cuenta que la designación como administrador no es una carga, y la causa justa haría más gravoso su ejercicio.

Cierto es, como lo establece la norma en el art. 130, que la renuncia intempestiva o dolosa hará responsable por los daños al administrador renunciante.

2.8. Capital social

Nada dice la LGS en torno al capital social de las colectivas. Con ello, serán aplicables las normas de la parte general.

Deberán éstos tener valor patrimonial, aun en estos tipos sociales. De ser aportes dinerarios, será de aplicación el art. 37, LGS, pudiendo excederse el plazo de dos años para diferir la integración del capital expresamente en el contrato social.

Será de uso también, el art. 38, LGS, en lo que respecta a la inscripción preventiva de los aportes en bienes registrables.

El capital se divide en partes alícuotas, llamadas "partes de interés", cuya característica es que no resultan libremente transferibles, ya que el art. 131, LGS, requiere el consentimiento de todos los socios (o lo que se haya estipulado en el contrato), igualando la transferencia de estas partes de interés a la modificación del contrato.

Por no ser partes libremente transferibles, alícuotas, no podrán ser objeto de embargo o ejecución por los socios personales de los socios.

---

(8) Halperin, Isaac, *Curso de derecho comercial*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 23.

2.9. Resoluciones sociales

El art. 131, LGS, establece el principio general: los pactos realizados en el contrato social por los socios rigen, también, la forma de tomar las resoluciones sociales.

Sólo en defecto de esa regulación, toda modificación del contrato social y la transferencia de partes de interés, requieren unanimidad. El resto de las resoluciones necesitarán la mayoría.

Será ésta una mayoría con referencia al capital, conforme lo aclara el art. 132, LGS, que prescribe que se entenderá por mayoría, la mayoría absoluta de capital, excepto que el contrato establezca un régimen distinto. Se entiende así, que esta mayoría que se requiere en la ley para todas las resoluciones que no representen la modificación contractual, será absoluta de capital, no bastando la de votos presentes.

Ésta es la única referencia de la ley a los requisitos para la actuación del órgano de gobierno, pero nada dice sobre su organización. Sí deberá, por imposición de lo establecido en la parte general, llevar libro de actas de estas reuniones.

2.10. Actividad en competencia

En la previsión del art. 133, LGS, se deja ver el carácter personalista de la sociedad colectiva, esta presencia, en el tipo, de la persona de los socios.

Prohíbe y sanciona el artículo la actividad del socio "por cuenta propia o ajena (de) actos que importen competir con la sociedad". La violación de tal prohibición hace operativa la causal justa para la remoción (art. 91, LGS), así como "la incorporación de los beneficios obtenidos y el resarcimiento de los daños" que provocase a la sociedad esta actividad en competencia.

Ésta es una obligación de no hacer, que surge de los deberes de lealtad, fidelidad y de igualdad de trato de los socios entre sí, más aún, en estos tipos societarios. Asimismo, el principio de buena fe, que debe regir en las relaciones jurídicas consagrado en la normativa de fondo (art. 9°, CCyCN), es de aplicación a esta prohibición.

Al ser ésta una obligación en interés privado de la sociedad, puede ser derogada por el acuerdo de los socios, conforme lo prescribe también el art. 133. Esta voluntad debe tratarse de consentimiento expreso y no tácito. Asimismo, requiere que el consentimiento de los socios sea unánime.

El universo previsto por la ley es amplio: alcanza a todos los socios, por sí o por cuenta de terceros (lo que incluye que sea, a su vez, socio de otra sociedad, actuando en competencia con la colectiva) e implica todo tipo de actividad.

En cuanto a la actividad en competencia, deberá atenderse, en principio, al objeto social y a la actividad en consecuencia de éste que la sociedad o el socio realicen (cfr. art. 11, incs. 3° y 5°, LGS).

Lo que se protege es la actividad de la empresa, particularmente, el llamado secreto de empresa. Es claro que la posición de privilegio del socio de la colectiva le dará acceso a información, cartera de clientes, procesos productivos, comerciales que pueda llegar a utilizar, o que lo posicionen en un sitio privilegiado, llevando a cabo una actividad en competencia con el ente.

2. SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE

2.1. Introducción

La siguiente figura a analizar (legislada en este orden en la LGS) es la sociedad en comandita simple. Teniendo en cuenta que las generalidades aplicables a todos los tipos sociales se encuentran en el capítulo I de la LGS; siguiendo este mismo orden lógico, la ley trata en primer lugar el "tipo base" de las sociedades personalistas, del que serán variantes, y a cuyo tratamiento remitirán las sociedades en comandita simple y las de capital e industria.

2.2. Origen y evolución de la figura

El origen de la sociedad en comandita simple puede encontrarse en el Medioevo y también en el derecho italiano relacionado con la prohibición de la usura. En las ciudades marineras y financieras (Génova, Pisa, Florencia, Venecia), se viabilizaba la afluencia de capitales (muchas veces, encubriendo la calidad de préstamo) por parte de banqueros o comerciantes, al propietario armador de un buque, para financiar la empresa marítima.

Así, en la empresa marítima había dos participantes, uno de los cuales limitaba su responsabilidad al aporte de capital, pero participando también en la suerte del negocio. El capitalista adelantaba gran parte del capital necesario para la empresa, en *commenda* (llamada también *societas o collegantia*), y el navegante, mercader, aportaba la otra parte y el trabajo. Las ganancias se partían por mitades y las pérdidas en proporción al capital aportado(9).

La legislación argentina la consagra a través de la legislación italiana. También el derecho anglosajón posee esta figura, calificada como *limited partnership*.

Esta especie resultó un avance respecto de las sociedades personalistas, sin embargo, tampoco actualmente es de gran aplicación. En nuestro país, sobre todo, desde la aparición de la figura de la sociedad de responsabilidad limitada.

---

(9) SEGOVIA, LISANDRO, *Explicación y crítica del Código de Comercio de la República Argentina,* Félix Lajouane Editor, Buenos Aires, 1892, p. 427.

2.3. Concepto

Como en la conceptualización de la sociedad colectiva, el art. 134, LGS, enuncia la responsabilidad de los socios como característica esencial y típica de esta figura.

La fuente de este artículo se encuentra en el Código Civil italiano. En el Código de Comercio era descripta haciendo referencia a la actividad comercial y a la calidad de comerciante de al menos uno de sus socios.

En la LGS la opción tiene que ver con la responsabilidad de los socios. Existen, consecuentemente, dos tipos de socios: los comanditados y los comanditarios. Los comanditados tienen una igual responsabilidad que los de las sociedades colectivas, esto es, responden en forma subsidiaria, ilimitada y solidaria. Los comanditarios, en tanto, limitan su responsabilidad por las deudas sociales al monto del capital suscripto por cada uno.

No es la referente a la responsabilidad la única diferencia entre los socios. A los comanditarios se les prohíbe intervenir en la gestión social, conforme lo establece el art. 137, LGS (*prohibición de inmixión)*, en principio. Asimismo, no pueden figurar en la razón social, conforme al art. 134.

Sin embargo, no hay que considerar al socio comanditario como un mero proveedor de capital, pues, salvo la prohibición de participación en la administración social, le corresponden todos los derechos surgidos de su condición de tal.

Como ya se ha dicho, por ser éste un tipo perteneciente a las sociedades personalistas o por partes de interés, les son aplicables todas las disposiciones de las mismas subsidiariamente.

2.4. El nombre social

En la segunda parte del art. 134, LGS, se establece la posibilidad de adoptar denominación social, la que deberá completarse con la indicación “sociedad en comandita simple” o su abreviatura.

En el caso de actuar bajo razón social, el nombre de los socios comanditarios no podrá formar parte de la misma, remitiéndose a lo previsto en el art. 126, LGS, para las sociedades colectivas. Esto significa la indicación de “y compañía” o su abreviatura, en caso en que no se consignen todos los nombres de los socios.

2.5. Capital social

En cuanto al aporte de o de los socios comanditados, tendrán el mismo régimen —con remisión al régimen general—, que los de la colectiva.

El art. 135, LGS, establece un régimen propio para los aportes comanditarios, previendo que sólo pueden ser obligaciones de dar. Rigen aquí las previsiones de los arts. 38 y 51, LGS, en lo que respecta a inscripciones preventivas y valuación de los bienes en especie. Se entiende que no podrán ingresar al capital social[10] los aportes de uso, aunque tengan valor patrimonial, valuados en el contrato, y que por disposición contractual sean exigibles.

Así como en la sociedad colectiva, el capital social se divide en partes de interés que pueden ser distintos (en distinta proporción respecto al capital social), que no circulan libremente (como las acciones, en la SA) y que no son embargables ni ejecutables por los acreedores personales de los socios, como ya se ha dicho al tratar la sociedad colectiva. Aun la parte del comanditario, con su limitación de responsabilidad, es una parte de interés.

2.6. Administración y representación

Dice el art. 136, LGS, que tanto la administración como la representación de la sociedad, sólo puede ser ejercida por el o los socios comanditados, por tercero o terceros. Se remite expresamente a las normas de la colectiva.

Completa la previsión la reafirmación del art. 137, LGS, en el sentido que les está prohibido a los comanditarios inmiscuirse en la administración. Cabe notar que la previsión es amplia: no sólo les es prohibido ser nombrados en el contrato o en acto posterior, sino que lo que se le prohíbe es "inmiscuirse" en la administración.

También completa la previsión de la sanción, el segundo párrafo del art. 137, LGS, extendiéndola aun a actos en los que el comanditario no haya participado personalmente, cuando esta actuación suya sea habitual.

La sanción para esta prohibición es hacer responsable a los comanditarios que así obrasen ilimitada y solidariamente. En este caso, cual es, una sanción, se entiende que la interpretación debe de ser restrictiva: la letra de la ley no menciona la subsidiariedad, pero de esta sanción no torna irregular la sociedad y, por lo tanto, no podrá levantarse un elemento general para las sociedades regulares (art. 56, LGS). Asimismo, se entiende que, si así fuese, la misma letra debiera indicar que esta responsabilidad es solidaria *con* la sociedad.

Cabe agregar que es aplicable, por imperio de la ley, todo lo dicho respecto a la sociedad colectiva.

Expresamente, la última parte del art. 137, LGS, sanciona la violación de la prohibición de actuación en la administración, a través de la actuación

(10) Richard, Efraín H. – Muiño, Orlando M., ob. cit., p. 342.

como mandatario. El comanditario no puede ser mandatario[11], representante de la sociedad. En este caso, es menester resaltar como oportuna la aclaración de la ley, hay que preservar los derechos de los terceros. Entonces, sin perjuicio de responsabilizar en forma solidaria e ilimitada al comanditario infractor, pone en cabeza de la sociedad el cumplimiento de la obligación tomada de acuerdo con el ejercicio del mandato.

El segundo párrafo del art. 136, LGS, dispone que la violación al régimen de administración, así como a las previsiones del art. 134 sobre denominación social, harán responsable solidariamente al firmante con la sociedad, por las obligaciones contraídas de ese modo.

En cuanto al ejercicio de la función de fiscalización, tal y como lo hace la ley para las sociedades colectivas, no prevé un órgano especial, con sus requisitos, sino que los difiere al pacto social, entendiéndose también que debe remitirse a la parte general, art. 55, LGS.

Pero, parece lógico y de buena técnica legislativa, atento a la prohibición expresa de participar en la administración social para los comanditados. El art. 138, LGS, establece que no están comprendidos en la prohibición del artículo anterior los actos de “inspección, vigilancia, verificación, opinión o consejo”. Esto refiere claramente, por una parte, a que el socio comanditario conserva todos los deberes, derechos y facultades propios de su condición de socios y, por otro, el ejercicio de la función de fiscalización.

Un párrafo aparte merece la actividad de *opinión y consejo*. Estos actos, en armonía con la prohibición de administrar, no constituyen actos de decisión, atento a que pueden o no ser tenidos en cuenta por quienes ejercen, y son responsables, de la administración.

2.7. Resoluciones sociales

Por expresa referencia de la ley, en el art. 139, es aplicable todo cuanto se ha dicho sobre la sociedad colectiva en la materia. El artículo dice que se aplican los arts. 131 y 132.

Así, el principio general es que rige lo que las partes pacten en el contrato social. En ausencia de previsiones en el mismo, las resoluciones que lo modifiquen deben ser tomadas por unanimidad, en tanto que las demás resoluciones lo serán por la mayoría absoluta del capital.

La segunda parte del art. 139, LGS, trae una previsión que podría parecer redundante, pero que pone definitivo límite al concepto de “inmiscuirse” en la administración que el art. 137 prohíbe a los socios comanditarios.

Dice el art. 139, 2° párr., que los socios comanditarios tienen derecho a voto en cuanto a la consideración y aprobación de los estados contables y

(11) Ver, sobre el particular, las normas del derecho común: arts. 358 a 381 y 1319 a 1334 del CCyCN.

para la designación de administradores. Se entiende, como lógica consecuencia, que también tienen voto para la remoción de los administradores, la promoción de acciones con tal objeto, aprobación de su gestión, etcétera. Aun cuando tengan relación con la función de administración por su objeto o contenido, todas estas actividades son claramente funciones de gobierno, de las que no puede privarse a los socios; con lo que puede considerarse ésta una norma aclaratoria, aunque no sobreabundante.

2.8. Quiebra, muerte, incapacidad del comanditario

Son estos supuestos, previstos en el art. 140, excepciones a la prohibición del art. 137 de ejercer actividades de administración por parte del o de los socios comanditarios.

En clara protección del interés social y del principio de continuidad de la empresa, ante la quiebra, concurso, muerte, incapacidad o inhabilitación de todos los socios comanditados administradores, el socio comanditario podrá ejercer todos los actos de gestión urgentes que se requiera para mantener la marcha social.

Esta gestión, sobre todo lo que sea urgente, deberá ser ejercida hasta la regularización de esta situación sin que incurra en las responsabilidades que para esta actuación prevé la ley.

La urgencia, excepcionalidad y temporalidad de esta situación la resuelve la ley en el segundo párrafo del art. 140, imponiendo el plazo de tres meses para regularizar la situación. En este plazo deberá preverse, como forma de regularizar, el ingreso de nuevos socios comanditados, el nombramiento de terceros no socios para ejercer la función de administración. Aun puede pensarse en recurrir al instituto de la transformación (arts. 74 a 81).

Pasado este plazo de caducidad la sociedad se disuelve de pleno derecho.

También prevé el art. 140 sanciones para el incumplimiento de sus disposiciones. Los socios comanditarios responderán solidaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales contraídas.

Cabe aclarar y armonizar esta disposición con la del art. 91 en la parte general. La incapacidad, inhabilitación y declaración en quiebra o concurso del socio comanditado constituye causa justa de exclusión.

3. SOCIEDAD DE CAPITAL E INDUSTRIA

3.1. Introducción

Aún más que en el caso de los anteriores tipos de sociedades personalistas, la de capital e industria ha tenido y tiene muy poca aplicación práctica en nuestro ámbito.

Ha habido, inclusive, doctrina que criticó la mera existencia de esta figura en la que un socio se limita a aportar su actividad, su trabajo[12].

Según apunta Malagarriga[13], la primera consagración legal de esta sociedad fue en el Código portugués del siglo XIX y no tuvo gran acogimiento legislativo. Entre los ordenamientos que lo receptaron está el argentino, primero en el Código de Comercio y luego en la LGS.

Por la misma esencia de la figura, donde un tipo de socios aporta a la sociedad su actividad, su trabajo o fuerza de trabajo, ante la aparición, caracterización y consolidación de un derecho de orden público, como el derecho del trabajo, influye decisivamente en su desaparición. Esto así, por la posibilidad de encubrir una relación laboral bajo esta forma societaria[14].

3.2. Caracterización

En el mismo estilo que en los anteriores tipos personalistas, la LGS, en el art. 141, dice que la sociedad de capital e industria posee dos tipos de socios: los capitalistas y los llamados industriales (terminología que no aparece expresamente en la ley).

El artículo marca la responsabilidad de los socios. Los capitalistas responden como los socios de la sociedad colectiva (como los comanditados, también). Los que aportan exclusivamente su industria responden hasta la concurrencia de las ganancias no percibidas.

Con esto, es característico en este tipo social que los aportes de los socios sean obligaciones de dar, por parte de los capitalistas, y de hacer, por parte de los industriales.

3.3. Denominación social

El art. 142, en el mismo tenor que para las demás figuras personalistas, dice que la denominación social deberá integrarse con la indicación "sociedad de capital e industria" o su abreviatura.

También aquí existe la posibilidad de utilizar razón social en la que no podrá figurar el nombre del o de los socios capitalistas.

---

(12) Segovia, Lisandro, ob. cit., p. 136.

(13) Malagarriga, Carlos, *Tratado de derecho comercial*, Tea, Buenos Aires, 1951, p. 304.

(14) No obstante lo cual, la jurisprudencia ha dicho: "acreditada la existencia de la sociedad de capital e industria, la *litis* es de competencia mercantil, sin perjuicio de que en la sentencia definitiva el juez pueda tener en cuenta las argumentaciones relativas a la simulación de la sociedad que, según el demandado, encubría una relación laboral" (CNCom., sala B, 17/2/1978, Errepar II, p. 27.

Y, de la misma manera, sanciona el incumplimiento con la responsabilidad solidaria de firmante y sociedad por las obligaciones contraídas de este modo.

3.4. Administración y representación

También en este caso, la técnica de la ley es remitir al tratamiento de la figura que, como ya se ha dicho, resulta el *modelo* de estas sociedades personalistas, la sociedad colectiva.

El art. 143, LGS, establece que la administración y la representación de la sociedad se regirán de acuerdo con lo previsto en la sección I del capítulo, esto es, la sociedad colectiva.

Esto significa que, a falta de previsiones contractuales (materia en la que tienen amplia autonomía de la voluntad los socios, en el contrato constitutivo):

- todos los socios tienen vocación a ejercer la administración;
- cualquiera de ellos puede administrar y cualquiera representa a la sociedad;
- esa administración o representación se ejercen indistintamente por cualquiera.

Por su parte, los socios podrán pactar en el contrato que la administración y representación:

- sea unipersonal;
- sea ejercida por socios o no socios;
- sea plural, conjunta;
- sea plural, pero se excluya de la representación a alguno o algunos de los integrantes;
- sea plural, colegiada.

La novedad de la LGS, respecto a la sociedad de comandita simple, es que, expresamente, dice que cualquiera de los socios puede ejercer tanto la administración como la representación.

Por último, se entiende aplicable también, el art. 58 de la parte general.

3.5. Beneficios del socio industrial

La caracterización de la figura marca que la responsabilidad del socio industrial tiene como límite la concurrencia de ganancias no percibidas, esto es, no distribuidas, hasta su efectiva distribución.

Marca que el límite claro de la figura, de acuerdo con lo que antes se refirió, es que el socio industrial no puede percibir sueldo.

En cuanto a la parte del socio industrial, el art. 144 establece que la parte de éste en los beneficios sociales debe estar determinada en el contrato social.

De no realizarse así, la ley no invalida el contrato, no lo atipifica, sino que difiere a la fijación judicial. Esto, por cuanto no puede, en el caso del socio industrial, referirse a las normas generales, como la del art. 11, inc. 7°, LGS, ya que no puede determinarse la parte en los beneficios sociales en cuanto al aporte.

3.6. Resoluciones sociales

El art. 145 hace aplicable el art. 139 que regula las resoluciones sociales para las sociedades en comandita simple. Claro está que, en lo pertinente, remite a la regulación de la sociedad colectiva.

La técnica es clara y precisa, en tanto la analogía es mayor con la comandita simple, teniendo en cuenta las dos clases de socios.

Este artículo resuelve el problema de la valoración del aporte del socio industrial para poder computar el voto. El de éste se computará como el del capitalista de menor aporte.

Teniendo en cuenta el principio ya expuesto de autoorganización, se entiende que esta valoración de la ley podría ser modificada por la voluntad de los socios en el contrato social.

Por lo demás, cabe recordar el principio de unanimidad, para las modificaciones del contrato social, y la mayoría absoluta para las demás resoluciones. Siempre dejando a salvo la previsión contractual de los socios en contrario.

3.7. Quiebra, muerte o incapacidad del socio administrador

El art. 145, 2° párr., hace aplicable el art. 140 en materia de sociedades en comandita simple.

Esto implica que es aplicable todo lo dicho respecto de la acefalía provocada por la muerte, incapacidad, quiebra, concurso, inhabilitación del socio comanditado que ejerce la administración (de todos los que la ejercen). Así también, lo establecido por el art. 91, en materia de exclusión.

SÍNTESIS

Sociedades de personas - Características

- *intuitu personae;*
- responsabilidad solidaria, ilimitada, subsidiaria (excepto socios comanditarios y capitalistas);
- mayor autonomía de la voluntad en el contrato constitutivo;
- el modelo es la sociedad colectiva (remisión legal).

Sociedad colectiva (arts. 125 a 133, LGS)

ADMINISTRACIÓN	• contrato (organización uni o pluripersonal, conjunta, indistinta, colegiada, socios o no); • en defecto de regulación: cualquiera, indistintamente (LGS); • el administrador es removible, aun sin justa causa (es posible el pacto en contrario).	
GOBIERNO	• modificación de contrato:	• según contrato; en defecto de regulación: unanimidad.
	• otras resoluciones: mayoría absoluta de capital.	
PROHIBICIÓN	• de actos en competencia: art. 133, LGS.	

Sociedad en comandita simple (arts. 134 a 140, LGS)

DOS CLASES DE SOCIOS

- comanditarios (responden como los socios de la colectiva)
- comanditados (sólo con el capital que se obliguen a aportar)

ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN

- sólo socios comanditarios (remisión sociedad colectiva, art. 136, LGS).

PROHIBICIÓN al COMANDITADO

- ser administrador;
- mandatario.

GOBIERNO

- remisión sociedad colectiva (art. 139, LGS)

Sociedad de capital e industria (arts. 141 a 145, LGS)

DOS CLASES DE SOCIOS

- industriales: obligaciones de hacer;
- capitalistas: responden como los socios de la sociedad colectiva.

GOBIERNO

- remisión sociedad colectiva (art. 145, LGS)

ADMINISTRACIÓN

- remisión sociedad comandita simple/colectiva (art. 143)

Capítulo XIV

La sociedad de responsabilidad limitada

Por Enrique A. Peláez[1]

1. Antecedentes y legislación comparada. Características

1.1. Antecedentes y legislación comparada

La sociedad de responsabilidad limitada (SRL) se incorporó tardíamente como tipo societario al escenario de las sociedades comerciales. Como

---

(1) Abogado UBA. Máster en Finanzas UCEMA. Profesor adjunto regular del Departamento Económico Empresarial de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad Argentina de la Empresa. Miembro del Instituto de Derecho Societario del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Coordinador del Consejo Honorario de Asuntos Jurídicos de la Cámara de Sociedades Anónimas.

ocurre con las principales instituciones del derecho comercial (y este caso no es la excepción), la aparición de este nuevo tipo social respondió a una necesidad del comerciante de fines del siglo XIX. En ese momento, el comerciante ya devenido en empresario, revolución industrial de por medio, contaba básicamente con tres estructuras jurídicas societarias para el desarrollo de sus emprendimientos: la sociedad colectiva, la sociedad en comandita y la sociedad anónima. De las tres, la única que le permitía limitar su responsabilidad y a la vez participar en su administración era la sociedad anónima; sin embargo, las exigencias en cuanto al mínimo de diez accionistas, a la autorización estatal para su constitución, así como una costosa y compleja organización, la reservaban únicamente para la gran empresa.

Dentro de este escenario, la primera norma para regular a este nuevo tipo social fue dictada en Alemania el 20 de abril de 1892(2), sin embargo, gran parte de la doctrina sostiene que este tipo de sociedades fue originario de Inglaterra.

La figura se difundió rápidamente bajo el modelo de la ley alemana. Primero fue Portugal en 1901, luego Austria en 1906, Brasil en 1919, en ese mismo año España, y así sucesivamente(3). En nuestro país demoró un poco más, recién se incorporó por ley 11.645 del año 1932 con base en el proyecto elaborado por el senador Ramón S. Castillo(4). Hoy en día, podemos decir que este tipo social se encuentra generalizado y regulado de manera uniforme.

Originariamente, conforme a la ley 11.645, la SRL tuvo un número máximo de veinte socios y un capital mínimo de $ 5000; sin embargo, con la sanción de la ley 19.550 en el año 1972, ese número máximo se elevó a cincuenta, se eliminó el requisito de capital mínimo y se crearon tres subtipos de SRL en función de la cantidad de socios (hasta cinco socios, de seis a diecinueve socios y veinte o más socios, hasta llegar al máximo de cincuenta). Si bien mantuvo el número máximo de cincuenta, la distinción en función de la cantidad de socios desapareció con la reforma a la ley 19.550, por parte de la ley 22.903, en el año 1983, que incorporó como elemento diferenciador el del capital fijado por el inciso segundo del art. 299(5).

---

(2) Según lo señala Brunetti, "la necesidad de un nuevo tipo de sociedad de garantía limitada, más simple y económico que la sociedad anónima, se manifestó en el período del gran desarrollo industrial y comercial posterior a la guerra de 1870" (BRUNETTI, ANTONIO, *Tratado del derecho de las sociedades*, t. III, Librería El Foro, Buenos Aires, 2003.

(3) GARO, FRANCISCO, *Sociedades de responsabilidad limitada*, La Facultad SRL, Buenos Aires, 1950, ps. 12 y ss. Cabe agregar que en Italia recién fue incorporada por el Código Civil de 1942 como un tipo de sociedad de capital.

(4) BO del 17/10/1932. El proyecto del senador Castillo fue a su vez elaborado sobre el proyecto redactado en 1924 por el entonces director de la Inspección General de Justicia, Eduardo Laurencena, como lo destaca GARO.

(5) Según el art. 1° de la disposición 6/2006 de la Subsecretaría de Asuntos Registrales, publicada en el BO con fecha 17/5/2006, el monto se encuentra actualmente en la suma de $ 10.000.

La ley 22.903 implicó una reforma de carácter sustantivo en relación con el régimen vigente, tendiente a potenciar el tipo societario, liberalizando su estructura según lo destaca la exposición de motivos. Así, acercó la SRL a las sociedades de capital, aunque mantuvo algunos elementos personalistas. Fundamentalmente, flexibilizó el régimen de transferencia de las cuotas sociales, estableciendo como principio su libre transmisibilidad e intentó simplificar la forma de adoptar las decisiones sociales.

La reforma de la ley 26.994 que sancionó el nuevo Código Civil y Comercial no afectó directamente la estructura del tipo societario SRL, pero repercute en dos cuestiones:

a) La posibilidad de que una SRL pueda tener como socia una sociedad por acciones, que se encontraba restringida por la anterior redacción del art. 30 de la ley 19.550 según el cual, las sociedades por acciones sólo podían ser socias de otras sociedades por acciones. En su actual redacción, el art. 30, LGS, dispone que las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo pueden formar parte de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada.

b) La eliminación del inc. 8° del art. 94 de la Ley General de Sociedades (LGS) referido a la reducción a uno del número de socios como causal de disolución de la sociedad, sumado a que tampoco se incluyó a la SRL en el supuesto del nuevo art. 94 bis de la LGS que dispone la transformación en sociedad anónima unipersonal (SAU) de las sociedades en comandita simple o por acciones y de capital e industria, esto permite interpretar que la SRL podría devenir unipersonal sin que ello importe una causal de disolución(6).

1.2. Características

Lo que caracteriza a este tipo societario son tres cuestiones. En primer lugar, que su capital está dividido en cuotas de igual valor. En segundo término, que la responsabilidad de los socios, tal como lo indica su nombre, se encuentra limitada a las cuotas suscriptas, aunque como veremos más adelante, el socio de la SRL garantiza también en forma solidaria e ilimitada la integración total del capital social por parte de todos los socios y la correcta valuación de los aportes en especie. En tercer término, que tiene un número máximo de socios, que la ley establece en cincuenta.

Podríamos agregar como elemento característico de este tipo social, que la administración está siempre a cargo de un órgano denominado gerencia, integrada por gerentes. Como habitualmente quienes integran la gerencia son a su vez socios, es común utilizar para ellos la denominación de "socio gerente".

---

(6) Vítolo, Daniel R., *Comentarios a las modificaciones de la ley 26.994 a la Ley general de sociedades*, Ad-Hoc, 2015, punto 3.2., ps. 186 y ss., quien señala que este mismo supuesto se daría con la sociedad colectiva y plantea la necesidad de su revisión.

Dentro de la clasificación de las sociedades que diferencian entre sociedades de personas o de interés, y sociedades de capital, parte de la doctrina nacional la ubica como un tipo mixto, porque presenta fuertes elementos personales en su estructura y a la vez permite a los socios limitar su responsabilidad a las cuotas que suscriban.

Otros la incluyen dentro de las sociedades de capital, porque consideran que luego de la reforma de la ley 22.903 se aproxima más a una sociedad de capital que a una de personas, a pesar de la existencia de esos elementos que siguen otorgándole un tinte personalista como es la necesidad de contar con el voto de otro socio para tomar las decisiones que importen la modificación del contrato social y la informalidad para la toma de decisiones sociales.

Desde el punto de vista de la división del capital, la SRL es la única sociedad cuyo capital está dividido en cuotas, quedan por otro lado aquellas que dividen su capital en partes de interés, como las sociedades colectivas, de capital e industria y en comandita simple, y aquella cuyo capital se divide en acciones como la SA y como tipo mixto la sociedad en comandita por acciones que tiene el capital comanditado dividido en partes de interés y el capital comanditario en acciones.

2. La SRL y las Pymes: análisis comparativo con la sociedad anónima

2.1. La SRL y las Pymes

La SRL es el tipo que mejor se adapta a las necesidades de las pequeñas y medianas empresas, ya que brinda suficiente flexibilidad y, sin cargarla de formalidades, permite al socio su intervención directa en la administración y brinda a sus integrantes el beneficio de la limitación de la responsabilidad.

Sin embargo, la realidad en nuestro país es que han desaparecido los obstáculos que en sus orígenes existían para la elección del tipo de la anónima (mínimo de diez socios y autorización estatal). Además, en la reforma de 1983 también se flexibilizó la SA, admitiéndose la posibilidad de prescindir del órgano de fiscalización interna y la exigencia de un capital mínimo que introduce la ley 19.550 para la sociedad anónima, que resultó sumamente exiguo durante largo tiempo y en la actualidad tampoco resulta un obstáculo para la constitución de sociedades anónimas(7), reduciendo el interés del empresario a favor de la SRL.

Si a ello le sumamos la inexistencia de incentivos económicos, financieros y fiscales, y por qué no, debido a la creencia afianzada dentro del empresariado de nuestro medio en general respecto del diferente *status* que

(7) Por el art. 1° del dec. 1331/2012, BO 7/8/2012, se fijó en la suma de $ 100.000 el capital mínimo para la SA, durante largo tiempo fue de $ 12.000.

importa detentar el cargo “presidente” de la sociedad en lugar de un simple “socio gerente” de una SRL, tenemos como resultado que una importante cantidad de Pymes se vuelcan hacia la SA como su estructura jurídica en detrimento de la SRL.

2.2. Cuadro comparativo SRL - SA

	SRL	**SA**
Clases o subtipos	Se dividen en función del monto de capital, si es mayor o menor al inc. 2° del art. 299, LGS [i].	Se dividen entre las comprendidas o no en el art. 299, LGS [ii].
Forma de constitución	Instrumento público o privado con firma certificada o ratificación de firmas Inscripción, previa publicación	Instrumento público Inscripción, previa publicación
Capital	Dividido en cuotas Clase única de cuotas. Un voto por cuota La transmisión requiere inscripción en Registro Público para oposición a terceros No se exige capital mínimo No puede hacer oferta pública, ni emitir obligaciones negociables	Dividido en acciones Posibilidad de emitir distinta clase de acciones: ordinarias (1 a 5 votos, preferidas (con o sin voto) La transmisión se inscribe en el Registro de Acciones [iii]. Capital mínimo actual $ 100.000 Puede hacer oferta pública de sus acciones o emitir obligaciones negociables
Responsabilidad de los socios	Limitada a la integración de las cuotas suscriptas Los socios garantizan la debida integración del capital	Limitada a la integración de las acciones suscriptas No hay garantía respecto del resto
Límite Socios	Sí – 50 máximo	Sin límite de socios
Constitución como unipersonal	No	Sí
Gobierno	Lo resuelve el contrato: Reunión de socios Declaración o consulta asamblea para SRL de capital superior al inc. 2°, art. 299, LGS para estados contables Para modificar el contrato social se requiere de mayoría especial y el voto de otro socio	Asamblea Ordinaria/Extraordinaria General/Especial Para modificar el contrato social se requiere asamblea extraordinaria y en determinados casos mayorías especiales

(i) $ 10.000.000 en la actualidad.

(ii) El art. 299 establece cuáles sociedades anónimas se encuentran sujetas a control estatal permanente.

(iii) Este registro es llevado por la propia sociedad o un banco o caja de valores.

	SRL	SA
Administración	Gerencia: uno o más gerentes. Organización según contrato constitutivo: indistinta, conjunta o colegiada. Los gerentes administran y representan a la sociedad. Pueden designarse por tiempo determinado o indeterminado.	Directorio: uno o más directores. Órgano colegiado. Elegidos por tiempo determinado, uno a tres ejercicios (iv). La representación está a cargo del presidente del directorio. Mínimo tres directores para SA del art. 299, LGS, excepto el inc. 2°.
Fiscalización	SRL capital inferior al inc. 2°, art. 299, LGS: optativa, control según art. 55, LGS, por los socios. Capital superior: obligatoria. Sindicatura o Consejo de vigilancia.	Sindicatura o Consejo de Vigilancia. Puede prescindir si no está en ningún supuesto del art. 299, LGS. Comisión fiscalizadora (v) si es del art. 299, LGS, excepto el inc. 2°.
Fiscalización externa	No está sujeta a fiscalización externa.	Está sujeta a fiscalización por parte del organismo de contralor. Puede ser limitado o permanente en el caso de las comprendidas en el art. 299, LGS.

(iv) Si la elección está a cargo del Consejo de Vigilancia, la duración en el cargo podrá extenderse a 5 años.

(v) Sindicatura plural en número impar.

Con base en el cuadro precedente y las consideración del punto 2.1. es posile concluir que las principales ventajas que representa el tipo SRL para una Pyme, en comparación a una SA, son las siguientes:

- Menores costos de constitución y funcionamiento.
- Estructura orgánica más flexible y sujeta a menores exigencias formales.
- Mayor margen para la autonomía de la voluntad.

3. Constitución. Denominación social. Cuestiones que se plantean

La SRL debe constituirse por escrito, su contrato constitutivo puede ser otorgado por instrumento público o privado con la firma de los socios certificada por escribano público, autoridad competente o previa ratificación ante el Registro Público. El contrato debe contener todos los requisitos establecidos en el art. 11 de la LGS.

Para que la sociedad se encuentre regularmente constituida, conforme al art. 7° de la LGS debe inscribirse en el Registro Público, previa publica-

ción por un día en el Boletín Oficial de un aviso que contenga la información requerida por el art. 10 de la LGS.

Las modificaciones al contrato social también deben otorgarse en instrumento público o privado, publicarse, en tanto afecten a alguno de los requisitos comprendidos en el ya mencionado art. 10, LGS, e inscribirse en el Registro Público.

La cesión de las cuotas, aun cuando se considere que no constituye una modificación del contrato(8), deberá igualmente publicarse e inscribirse en el Registro Público para su oponibilidad a terceros.

La SRL debe identificarse con una denominación social que estará integrada por un nombre de fantasía con el agregado del tipo social de que se trata expresado en forma completa, su abreviatura o la sigla SRL. El nombre de uno o más socios podrá conformar la denominación social pero siempre tendrá que ir acompañada del tipo societario de que se trata. La omisión del tipo en la denominación hace al gerente responsable ilimitada y solidariamente por los actos que celebre en tales condiciones.

La SRL no podrá tener razón social, ya que no cuenta con socios que respondan en forma solidaria e ilimitada.

4. Los socios

La SRL requiere al menos de dos socios para su constitución y es el único tipo social que tiene además un número máximo de integrantes que la ley fija en cincuenta.

En cuanto al número mínimo de socios, rige en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires(9) la exigencia de pluralidad sustancial y no meramente formal de socios para evitar las denominadas *sociedades de cómodo*, es decir, aquellas que, como buscan la limitación de responsabilidad que el tipo ofrece, recurren a una pluralidad sólo aparente que se evidencia en la casi nula participación en el capital de uno de los socios que actúa como prestanombre, que si bien ha desaparecido del texto del art. 1°, LS, sólo se admite para las SA.

Como ya se ha señalado, la ley 26.994 eliminó el inc. 8° del art. 94 de la LGS, referido a la reducción a uno del número de socios como causal de disolución de la sociedad y, por otra parte, tampoco incluyó a la SRL en el nuevo art. 94 bis, que dispone su transformación en sociedad anónima unipersonal (SAU), lo que da lugar a sostener que la SRL podría devenir unipersonal y

(8) Nissen, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, anotada y concordada*, t. 3, 2ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 1997, comentario al art. 152, p. 45.

(9) Art. 55, res. Gral. IGJ 7/2005.

seguir funcionando como tal[10]. Quedaría también como alternativa, luego de la reforma en cuestión, considerar a la SRL devenida unipersonal dentro de la sección IV[11] del capítulo I de la LGS por la falta de un requisito esencial no tipificante.

Cuando se exceda el número máximo de cincuenta socios, lo que podría ocurrir en caso de transferencia de cuotas o por vía sucesoria, nos encontraríamos ante el incumplimiento de uno de los requisitos que la LGS que algunos autores consideran como tipificante y otros no, pero de cualquier manera, si no se transforma adoptando otro tipo social, podría considerarse incluida en la sección IV mencionada en el párrafo precedente[12].

4.1. Derechos y obligaciones de los socios

Como en toda sociedad, el socio tiene diversos derechos y obligaciones, algunos patrimoniales y otros políticos o no patrimoniales que ya fueron analizados al desarrollar la parte general de la LGS.

Al igual que en el resto de las sociedades, la principal obligación patrimonial que asume el socio en el acto constitutivo es la de integrar el aporte de las cuotas que suscribe. Ante su incumplimiento, podrá ser excluido. También estará obligado a integrar las cuotas suplementarias, cuando lo resuelva la reunión de socios y asimismo estará obligado a soportar las pérdidas, aunque limitada a su aporte y a la garantía adicional por la integración total del capital.

Dentro de sus derechos, el principal derecho patrimonial es el de participar en las utilidades que genere la sociedad. Como ya se vio, este derecho requiere que exista una ganancia, que la misma sea líquida y realizada y que surja de un balance de ejercicio aprobado por el órgano social competente. Además, será necesario que no haya pérdidas de ejercicios anteriores que afecten al capital o la reserva legal, y por último, deberá existir la decisión de la reunión de socios de distribuir dicha utilidad. También tendrá derecho a participar en la cuota de liquidación de la sociedad.

Entre los derechos políticos en la SRL, cada cuota dará derecho a un voto, pero cada socio puede tener distinta cantidad de cuotas. Por medio del voto, éste podrá elegir a los administradores o removerlos y ser elegido, en tanto reúna la cantidad de votos que la ley o el contrato requieren. Asimismo, podrá adoptar las decisiones dentro del órgano de gobierno de la

(10) Ver nota 6.

(11) Sección IV – De las sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II y otros supuestos.

(12) El art. 21, LGS, dispone que se encuentran incluidas las sociedades que no se constituyan con sujeción a los tipos del capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley.

sociedad en proporción a su participación de acuerdo con las mayorías que fijen el contrato o la ley.

Como obligaciones no patrimoniales se encuentra también la de no competir con la sociedad y de hacer prevalecer el interés social por sobre el individual del socio.

4.2. Responsabilidad de los socios

La responsabilidad de los socios según el art. 146, LGS, se encuentra limitada a la integración de las cuotas que suscriban, pero dicho artículo deja a salvo la garantía que prevé el art. 150, LGS.

La limitación de la responsabilidad por parte del socio es considerada un requisito tipificante y no susceptible de resignación por su parte[13].

Según el art. 150, LGS, los socios garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros por la integración total de los aportes en dinero que pudieron diferirse hasta en un 75 % por un plazo de dos años y en los casos de sobrevaluación de aportes en especie.

Por lo tanto, respecto de los aportes en dinero, mientras la totalidad de los socios no hubiera integrado totalmente sus aportes, todos responderán en forma solidaria e ilimitada hasta el monto de los aportes omitidos. Una vez integrado el total del aporte dinerario, la obligación de garantía se extingue.

En el caso de los aportes en especie, el socio garantiza que los bienes aportados por él y por los restantes no han sido sobrevaluados. La sobrevaluación del aporte perjudicaría a los terceros que contraten con la sociedad, ya que si ello ocurre, en el patrimonio social habría una cifra inferior a la reflejada en el capital social.

Respecto de los aportes en especie, la garantía subsistirá durante los cinco años de efectuado[14] y no será exigible cuando la valuación se hubiera hecho judicialmente, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera caber al aportante del bien.

En caso de cesión de cuotas, la garantía del cedente subsiste por las obligaciones contraídas por la sociedad hasta la inscripción en el Registro Público de la cesión. La garantía del adquirente se extiende tanto a obligaciones anteriores como posteriores a la inscripción.

Con relación al cedente que no hubiera completado la integración del aporte, responderá solidariamente con el cesionario por las integraciones

(13) CNCom., 6/6/2001, "Cereales Magdalena SRL s/quiebra v. Ianover R. y otros s/ ordinario".
(14) Art. 51, LGS.

debidas. La sociedad podrá exigir el pago al cedente si previamente lo reclamó al socio moroso.

Cualquier pacto en contrario con respecto a la garantía que la ley impone a los socios, y sus cesionarios en la integración del aporte, es ineficaz respecto de terceros.

4.3. Adquisición y transmisión de la calidad de socio. Transmisión de las cuotas entre socios y a un tercero

La calidad de socio se adquiere en forma originaria, cuando éste forma parte del elenco inicial que constituye la sociedad y suscribe una cantidad determinada de cuotas, al menos una. También podría también darse el caso de que se adquiera el carácter de socio ante la suscripción de cuotas provenientes de un aumento de capital que los restantes no suscriban.

En forma derivada se puede adquirir tal carácter por transmisión de las cuotas por un acto entre vivos, que puede ser a título oneroso (cesión) o gratuito (donación), o por fallecimiento del socio en una sucesión intestada o por una disposición de última voluntad (legado o testamento).

También en forma derivada puede adquirirse el carácter de socio como consecuencia de la ejecución forzada de las cuotas que integran su patrimonio por parte de un acreedor.

El principio general que establece la LGS, en su art. 152, es que la transmisión de las cuotas es libre, si bien, como veremos más adelante, los socios pueden prever en el contrato social limitaciones a su transmisión siempre que no importe su prohibición.

A los fines de la transmisión, la ley no distingue entre socios o terceros. De no existir una cláusula expresa en el contrato, las cuotas sociales podrán transmitirse libremente tanto a terceros como a otro socio y, de igual manera, las limitaciones a la transmisibilidad de las cuotas puede afectar tanto a terceros como a socios, aunque es más común que se presenten para restringir el acceso de terceros ajenos a la sociedad.

La transferencia de las cuotas puede otorgarse por instrumento público o privado con firmas autenticadas.

En cuanto al momento a partir del cual se producirán los efectos de la cesión de las cuotas sociales, es posible distinguir tres situaciones distintas:

- entre las partes, adquirente y cedente, surtirá efectos desde su firma;
- con relación a la sociedad, el contrato será oponible desde que cedente o cesionario lo comuniquen a la gerencia entregando una copia del título de la cesión o transferencia;

- frente a terceros el contrato recién será oponible a partir de su inscripción en el Registro Público. La inscripción podrá ser solicitada tanto por la sociedad, como por adquirente o cedente, en cuyo caso, deberán exhibir el título de la transferencia y la constancia fehaciente de su comunicación a la gerencia.

En el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, las normas de la IGJ requieren que se acompañe certificado de inhibiciones del Registro de la Propiedad Inmueble respecto del cedente, del que surja que no constan inhibiciones inscriptas a su nombre. Si el cedente está domiciliado en otra jurisdicción se requerirá también certificado del Registro de la Propiedad Inmueble correspondiente a dicha jurisdicción.

Si las cuotas tienen carácter ganancial se requerirá el asentimiento del cónyuge para perfeccionar su transferencia, según surge del art. 470, inc. c), del CCyCN(15).

Cuando un tercero adquiere el carácter de socio, incorporándose a la sociedad, podrá ser excluido a instancia de otro socio o de la sociedad, en caso de que exista una justa causa, que puede consistir en el grave incumplimiento de las obligaciones del socio, o en su incapacidad, inhabilitación o quiebra. Estos últimos supuestos, es decir, la incapacidad, la inhabilitación o la quiebra del, no se admiten para excluir a un socio originario de la sociedad, y en ese caso la exclusión sólo es procedente frente al grave incumplimiento de sus obligaciones. En cambio, sí será posible la exclusión de aquel socio afectado por alguno de estos supuestos que pretenda incorporarse a la sociedad en virtud de la cesión de la participación de otro.

Conforme a la ley 26.893(16), modificatoria de la ley de impuesto a las ganancias, la enajenación de cuotas sociales (compraventa, cambio, permuta o disposición) dará lugar al pago del referido tributo, a una alícuota del 15 %, la que se aplicará sobre la ganancia neta, que el enajenante deberá incluir en su declaración jurada del impuesto a las ganancias.

4.4. Transferencia del carácter de socio por causa de muerte

El art. 155, LGS, establece que si el contrato previera la incorporación de los herederos del socio, el pacto será obligatorio para éstos y para los socios. Con este artículo no quedan dudas de que cuando el contrato contiene una cláusula expresa de incorporación de los herederos, la misma es obligatoria para los herederos y los socios.

---

(15) El inc. c) del art. 470, CCyCN, se refiere a participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior, el cual se trata de las acciones nominativas no endosables o cartulares que no estuvieren autorizadas para la oferta pública.

(16) BO del 23/9/2013, dec. regl. 2334/2013, BO 20/12/2013.

De la misma manera, si una cláusula contractual dispone en forma expresa que los herederos no se incorporarán a las sociedad, o que supedite la decisión de su incorporación por parte de los socios restantes o de los herederos, dichas cláusulas son válidas, ya que según el art. 89, LGS, los socios podrán convenir otras causales de resolución parcial más allá de las previstas legalmente.

En caso de que se prevea que los herederos del fallecido no se incorporan a la sociedad, el contrato deberá establecer las pautas para fijar el valor de la participación del causante y la forma de pago, teniendo en cuenta que serán nulas aquellas estipulaciones que permitan determinar un precio que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva (art. 13, inc. 5°, LGS).

La principal dificultad con el tema del fallecimiento del socio de la SRL se presenta ante la falta de previsión en el contrato de una cláusula que en forma expresa establezca los efectos que producirá su muerte, es decir, si el o los herederos se incorporarán a la sociedad en lugar del fallecido o si se producirá la resolución parcial del contrato y con derecho del o de los herederos sólo a que se les reconozca una suma equivalente a la participación que tenía el causante.

La redacción del art. 155, LGS, que se mantuvo después de la reforma de la ley 22.903, a pesar de las modificaciones introducidas al art. 90 sobre la muerte del socio como causal de resolución parcial de la sociedad, ha dado lugar a que se sostenga, por una parte de la doctrina, que la muerte del socio de la SRL continúa siendo uno de los supuestos de resolución parcial del contrato.

Sin embargo, el hecho de que los socios de la SRL fueron eliminados de los enunciados en el art. 90, LGS, por la ley 22.903, y que la filosofía de dicha reforma fue la de aproximar a la SRL a las sociedades de capital con la intención reactivar su utilización por parte de las Pymes, hacen que la mayoría de los autores nacionales se inclinen por considerar que ante el fallecimiento se producirá la incorporación de los herederos, a menos que exista una cláusula expresa que los excluya.

La incorporación de los herederos se hará efectiva, según el referido art. 155, LGS, cuando acrediten su calidad de tales y hasta tanto ello ocurra actuará en su representación el administrador de la sucesión.

Para perfeccionar la transferencia será necesario inscribir en el Registro Público la declaratoria de herederos dictada en el juicio sucesorio *ab intestato* o la resolución que declare la validez formal del testamento en su caso, previo pago de la tasa de justicia que corresponda en función del valor patrimonial de las cuotas que surja de una certificación contable elaborada sobre la base de los estados contables de la sociedad y, en caso de corresponder, previo pago del impuesto a la transmisión gratuita de bienes en

las jurisdicciones en que se encontrara vigente y en función de la fecha de fallecimiento del causante.

El art. 2330, inc. c), del CCyCN contempla la posibilidad de que el testador imponga a sus herederos la indivisión de las cuotas sociales de la sociedad en la cual es principal socio por un plazo no mayor a 10 años. El juez podrá autorizar la división a pedido de un coheredero cuando concurran circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad.

En el mismo sentido, el art. 2332 del CCyCN establece que el cónyuge supérstite que fue el principal socio de la sociedad puede oponerse a que se incluyan en la partición esas cuotas, excepto que puedan serle adjudicadas en su lote. La indivisión también se mantiene por el plazo de diez años a partir de la muerte del causante, pero puede ser prorrogada judicialmente a pedido del cónyuge sobreviviente hasta su fallecimiento. Durante la indivisión, la administración de las cuotas estará a cargo del cónyuge sobreviviente. A instancia de cualquiera de los herederos, el juez puede autorizar el cese de la indivisión antes del plazo fijado si concurren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justifiquen la decisión.

En ningún caso se transferirá al heredero el carácter de gerente que tuviera el causante al momento de su fallecimiento.

4.5. Cláusulas restrictivas de la libre cesibilidad

Como ya fue señalado, la transmisibilidad de las cuotas es, en principio, libre y no se encuentra sujeta a ninguna limitación. Sin embargo, la ley admite que el contrato pueda incluir cláusulas restrictivas de la libre cesibilidad de las cuotas sociales, pero lo supedita al cumplimiento de determinados recaudos.

Las cláusulas que limiten la transmisibilidad de las cuotas sociales en ningún caso pueden importar la prohibición de ceder.

El art. 153 señala como lícitas las cláusulas que requieren la conformidad mayoritaria o unánime de los socios para su transmisión, o que otorguen un derecho de adquisición preferente a favor de éstos o de la sociedad. Si el derecho de compra preferente lo ejerciera la sociedad, la adquisición deberá ser con utilidades o reservas disponibles o mediante una reducción de su capital.

Para que las cláusulas limitativas sean válidas, se requiere que el procedimiento al que se someterá la conformidad o el derecho de preferencia se encuentre previsto en el contrato social y que el plazo para otorgar la conformidad o para ejercer el derecho de preferencia no exceda los 30 días desde que el cedente comunicó a la gerencia el nombre del interesado y el precio. Vencido el plazo sin que se hubiera otorgado la autorización o ejercido el derecho de adquisición preferente, la transmisión podrá realizarse libremente.

La existencia de cláusulas limitativas determina que la ejecución forzada de las mismas deba comunicarse a la sociedad con quince días de anticipación la resolución que hubiera fijado la fecha en que se realizará la subasta, a fin de que las partes puedan arribar a un acuerdo que evite el remate de las cuotas sociales. Si ello no fuera posible, se realizará la subasta, pero el juez no adjudicará las cuotas al adquirente en subasta, si dentro de los 10 días de realizada, la sociedad presenta un adquirente, o ella o los socios ejercen la opción de compra por el mismo precio que el obtenido en la misma, depositando su importe.

El art. 154, LGS, regula el procedimiento judicial que se utiliza para resolver dos cuestiones que se pueden presentar como consecuencia de la existencia de cláusulas limitativas a la transmisibilidad de las cuotas.

Por un lado, el problema que se suscita ante la discrepancia entre el socio cedente y la sociedad o el socio que pretende ejercer el derecho de adquisición preferente, en relación al precio que corresponde abonar por las mismas. Para este supuesto, la ley dispone que, al momento de impugnar el precio la sociedad o el socio que pretende ejercer el derecho de preferencia, deben indicar el que consideren ajustado a la realidad, y si el contrato no prevé otra solución, la cuestión se resolverá mediante un perito que estimará el valor de las cuotas. Pero ni el cedente estará obligado a percibir un precio menor al indicado por aquellos que quieren ejercer el derecho de preferencia, ni estos últimos a pagar uno menor al señalado por el cedente. Por último, las costas se impondrán a aquel que más alejado se encontrare del precio definido por el perito.

La otra cuestión se refiere a la negativa arbitraria a otorgar la autorización para la venta a una determinada persona. En este punto, la ley prevé que el cedente podrá acudir a la justicia a fin de que se determine si ha existido arbitrariedad en la decisión. Una decisión en tal sentido importará asimismo la pérdida para la sociedad y para el socio de la posibilidad de ejercer el derecho de adquisición preferente si estuviera previsto en el contrato.

Como destacan algunos autores, podrían establecerse otras limitaciones más allá de las consideradas en el art. 153, LGS, como la de exigir una determinada condición personal (profesional o patrimonial), pero que no podrán admitirse aquellas condiciones que sean discriminatorias o ilícitas[17].

Por último, para el supuesto de transmisión *mortis causa* de cuotas limitadas en su transmisibilidad, el art. 155, párr. 2°, LGS, dispone que dichas limitaciones serán inoponibles a las acciones que los herederos realicen dentro de los tres meses de su incorporación. Pero a la vez, les reconoce a la sociedad y a los socios el derecho de optar por adquirir esas cuotas abonan-

---

(17) ROITMAN, HORACIO, *Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2006, comentario al art. 153, punto 4, p. 157

do el mismo precio, para lo cual les otorga un plazo de quince días contado a partir del momento en que el heredero haya comunicado a la gerencia el propósito de ceder. La gerencia deberá poner dicha circunstancia en conocimiento de los socios en forma inmediata y por medio fehaciente.

5. Capital

5.1. Formación del capital social

El capital social debe suscribirse íntegramente en el acto de constitución de la sociedad, es decir, que todos los socios debieron comprometerse a integrar la totalidad del capital en la constitución de la sociedad, pero la ley admite, al igual que para la SA, que la integración, cuando se trata de aportes en dinero, pueda ser realizada un 25 % al momento de la constitución y diferirse la integración del 75 % restante por un plazo no mayor a dos años.

La ley prevé que el cumplimiento de la integración se comprobará al momento de la inscripción en el Registro Público mediante el comprobante de su depósito en un banco oficial.

En la Ciudad de Buenos Aires, las normas de la IGJ admiten que dicha circunstancia pueda acreditarse mediante estipulación incorporada en la escritura pública de constitución, o mediante una declaración ante escribano público que justifique que el capital integrado fue entregado a los administradores designados en el contrato y que éstos lo reciben de conformidad con la finalidad señalada(18).

Los aportes de los socios deben ser bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada y entregarse en propiedad a la sociedad.

Tratándose de bienes registrables, se prevé su inscripción preventiva a nombre de la sociedad en formación(19).

Los aportes en especie deben integrarse totalmente al momento de la inscripción. Del contrato deberán surgir los antecedentes justificativos de la valuación, pero si se hubiera optado por recurrir a una pericia judicial, cesa la garantía por la posible sobrevaluación del aporte.

Los socios podrán comprometer la realización de prestaciones accesorias, las cuales no integrarán el capital, y su contenido, duración, modalidad, retribución y sanciones para el caso de incumplimiento deben constar en el contrato. Asimismo, se requiere que sean claramente diferenciadas de los aportes y no pueden ser en dinero. Sólo podrán modificarse de acuer-

(18) Según el art. 68, incs. 1° y 2°, res. gral. IGJ 7/2005. También se admite que conste que la entrega del dinero se realiza al escribano público autorizante, con cargo a él de entregar los fondos a la administración social una vez inscripta la constitución de la sociedad.

(19) Art. 38, LGS.

do con lo convenido o con la conformidad de los obligados y de la mayoría necesaria para modificar el contrato social. Cuando las prestaciones accesorias fueran conexas a cuotas de SRL, el art. 50, LGS, exige que la transferencia de dichas cuotas deba ser aprobada por la mayoría necesaria para modificar el contrato, salvo pacto en contrario.

Si bien la ley no prevé la necesidad de un determinado capital mínimo para la SRL, las normas de la IGJ exigen que su capital tenga una adecuada relación con el objeto social y con las actividades que la sociedad pretende desarrollar según se encuentre explicitado en su objeto social[20].

5.2. Características de las cuotas

Como ya se señaló, el capital social en la SRL está dividido en cuotas de igual valor, que deberá ser de diez pesos o sus múltiplos. Cada cuota da derecho a un voto.

Como explica Zaldívar[21], si bien las cuotas y las partes de interés son divisiones del capital, la cuota es una parte alícuota dado que su unidad está contenida un número exacto de veces en el todo; siempre es cesible; fija el primer límite a la responsabilidad del socio, y resulta susceptible de embargo y venta. Tales características no se presentan en la partes de interés.

En comparación con las acciones, las cuotas no son títulos valores y no tienen una representación por fuera del contrato social. La transferencia de las cuotas a título oneroso o gratuito, por acto entre vivos o de última voluntad, o como consecuencia de su ejecución forzosa, requerirá de su publicación y posterior inscripción en el Registro Público para que sea oponible a terceros. En cambio, la oponibilidad frente a terceros de las acciones adquiere virtualidad con la inscripción en el libro de registro de acciones que lleva la propia sociedad o un banco comercial o Caja de Valores y no requiere de publicación, ni de inscripción en el Registro Público.

Al no tener una representación más allá de las constancias que surgen del contrato constitutivo o del instrumento de cesión, en su caso, la titularidad de las cuotas en la SRL y por ende, el carácter de socio que lo habilitara a ejercer los derechos derivados del mismo, tales documentos deberán estar debidamente inscriptos en el Registro Público para ser oponibles a terceros.

---

(20) Arts. 66, *in fine*, y 67 res. gral. IGJ 7/2005. Según el último de estos arts., la IGJ exigirá una cifra de capital superior a la fijada en el acto constitutivo, si advierte que, en virtud de la naturaleza, características o pluralidad de actividades comprendidas en el objeto social, el capital resulta manifiestamente inadecuado.

(21) Zaldívar, Enrique y otros, *Cuadernos de derecho societario*, t. II, Ediciones Machi SA, Buenos Aires, 1973, p. 161.

5.3. Copropiedad de cuotas

Las cuotas, al igual que las acciones de las SA son indivisibles. No se puede ser titular de una fracción de cuota o acción, pero se admite en relación a ambas la copropiedad.

En tal caso se aplican las reglas del condominio. El condominio es el derecho real de propiedad sobre una cosa, que pertenece en común a varias personas y que corresponde a cada una en una parte indivisa[22].

La sociedad puede exigir la unificación de la representación para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones sociales.

5.4. Negocios jurídicos, derechos reales y medidas precautorias sobre cuotas

La naturaleza jurídica que le reconozcamos a las cuotas determinarán los distintos negocios jurídicos de que podrán ser objeto. Del texto de nuestra ley de sociedades, resulta claro que con relación a las cuotas será posible su transferencia, por vía de cesión, el condominio, el usufructo y la prenda, pudiendo ser objeto de embargo y subsiguiente ejecución forzada.

La posibilidad de constituir derechos reales sobre las cuotas sociales está expresamente prevista por el art. 156, LGS, que se refiere al usufructo y a la prenda, pero además trata del embargo y de otras medidas precautorias.

En relación con todos estos supuestos dispone que tanto para la constitución como para su cancelación se requiere inscripción en el Registro Público.

En cuanto al usufructo, el art. 218, LGS, al cual remite el ya citado art. 156, LGS, establece que la calidad de socio corresponde al nudo propietario y que el usufructuario tiene el derecho a percibir las ganancias obtenidas durante el usufructo. Ese derecho no se extiende a las ganancias que fueron pasadas a reserva o capitalizadas, pero sí comprende las ganancias provenientes de las cuotas entregadas como consecuencia de la capitalización.

Para el caso de usufructuarios sucesivos, la ley reconoce el derecho al cobro de las utilidades a prorrata de la duración de sus derechos.

Asimismo, la LGS reconoce al nudo propietario el ejercicio de los demás derechos derivados de la calidad de socio, inclusive, el derecho a la participación en la cuota de liquidación de la sociedad, admitiendo el pacto en contrario y el supuesto del usufructo legal.

Sin embargo, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el art. 128 de la res. gral. IGJ 7/2005 estipula que no se inscribirá la constitución del usu-

(22) Art. 1983, CCyCN.

fructo de cuotas que comprenda la transmisión de derechos de voto al usufructuario.

Cuando las cuotas no estuvieran totalmente integradas, para conservar sus derechos, el usufructuario debe efectuar los pagos que correspondan al nudo propietario, sin perjuicio de su derecho a repetirlos de este último.

En los casos de prenda o embargo judicial, los derechos, tanto políticos como patrimoniales, corresponden al propietario de las cuotas, sin perjuicio de lo que en particular se hubiera establecido en la decisión que ordenó la traba del embargo sobre las cuotas.

Se debe recordar que en el caso de que las cuotas estuvieran limitadas en su transmisibilidad, no será posible su ejecución forzada sin previa comunicación a la sociedad con una antelación de 15 días a la fecha de la subasta y con derecho de la sociedad y de los socios a adquirir las cuotas ejecutadas, con preferencia sobre el comprador en subasta de las mismas.

5.5. Cuotas suplementarias

El art. 151, LGS, dispone que el contrato constitutivo de la SRL puede autorizar cuotas suplementarias de capital.

La integración de estas cuotas suplementarias sólo podrá ser exigida por la sociedad, total o parcialmente. La decisión debe ser adoptada por los socios que representen más de la mitad del capital social. Es decir, que ni los socios individualmente, ni ningún tercero podrá obligarlos a integrar esas cuotas suplementarias si no existe una decisión adoptada con la mayoría requerida.

La decisión de los socios debe ser publicada e inscripta en el Registro Público, y recién a partir de ese momento estarán obligados a integrar las cuotas suplementarias.

Las cuotas suplementarias deben ser proporcionadas al número de cuotas de que tenga cada socio al momento de hacerlas efectivas y se registrarán en el balance de la sociedad a partir de la inscripción.

La doctrina coincide en la poca utilidad práctica de este recurso pensado para facilitar la decisión de aumento del capital, así como la casi nula utilización del instituto.

5.6. Aumento del capital

La decisión de aumentar el capital debe ser adoptada por la reunión de socios con las mayorías especiales establecidas en el art. 160, LGS, es decir, que debe ser adoptada por socios que representen al menos la mayoría del capital social, si fue previsto en el contrato, o de 3/4 partes si no hubo previsión contractual. Además, tal decisión deberá contar con el voto de otro so-

cio, cuando un único de ellos reúna los porcentajes requeridos para tomar la decisión.

Sin embargo, tal decisión no dará a los socios que votaron en contra derecho de receso en ningún caso, pero todos, incluso los ausentes y los que votaron en contra del aumento, tendrán derecho a suscribir cuotas en forma proporcional a su participación social. Si alguno no ejerciera su derecho de suscripción preferente, los restantes tendrán derecho de acrecer, pudiendo suscribir proporcionalmente la parte de aquel que no lo hizo y en su defecto podrán incorporarse nuevos socios.

6. Administración y representación. Organización. Derechos y obligaciones. Renuncia y remoción del gerente. Régimen de responsabilidad del gerente

6.1. La gerencia

La LGS denomina gerencia al órgano que tiene a su cargo la administración de la SRL. Como ya ha sido visto, el art. 11, LGS, dispone en su inc. 6° que en el contenido del instrumento constitutivo debe constar la organización de la administración, además de su fiscalización y de las reuniones de socios.

Por su parte, el art. 157, LGS, dedicado específicamente a la gerencia de la SRL establece que la administración y la representación corresponde a uno o más gerentes que pueden ser socios o no, designados por tiempo determinado o indeterminado, ya sea en el contrato o posteriormente. Asimismo permite la elección de suplentes para el caso de vacancia.

La gerencia tendrá a su cargo la administración de la sociedad, es decir, la toma de decisiones y la realización de los actos tendientes al desarrollo de las actividades comprendidas en el objeto social. Asimismo, los gerentes tendrán a su cargo la representación de la sociedad.

Se debe distinguir entre el cargo de gerente en la SRL, del cargo con la misma denominación previsto para la SA en el art. 270, LGS. El gerente en la SRL es quien ejerce la administración y representación de las sociedades de este tipo. En la SA, la designación depende del directorio, que puede recaer sobre directores o no, y que éste puede libremente remover. El directorio delega en estos gerentes, ya sea general o especial, las funciones ejecutivas de la administración. Éstos responden ante la sociedad y los terceros por el desempeño de su cargo en la misma extensión y forma que los directores, sin que tal delegación excluya su responsabilidad.

6.2. Organización de la gerencia

Como ya se mencionó, la gerencia puede ser individual, a cargo de un único gerente o plural.

Para el supuesto que la gerencia fuera plural, el mismo art. 157, LGS, admite la posibilidad de asignar funciones a cada gerente, lo que podrá influir luego en la determinación de su responsabilidad.

También para el caso de gerencia plural, el contrato deberá establecer si los gerentes actuarán en forma indistinta, conjunta o colegiada.

Cuando sea *indistinta*, cualquiera de los gerentes designados podrá administrar y representar a la sociedad.

Cuando sea *conjunta*, dos o más gerentes, según lo disponga el contrato, deberán actuar para obligar a la sociedad. Ante el silencio del contrato al respecto, la ley considera que cualquiera de ellos puede realizar indistintamente cualquier acto de administración.

Por último, cuando la organización de la gerencia sea *colegiada*, le serán aplicables las normas relativas al directorio en cuanto a la periodicidad de las reuniones, funcionamiento, *quorum* y mayorías para tomar las decisiones dentro de dicho órgano de administración de la sociedad.

6.3. Designación de gerentes

Como ya se ha hecho mención, la elección de los gerentes podrá constar en el contrato constitutivo o posteriormente. Su designación estará a cargo de los socios que lo resolverán por mayoría de votos presentes o partícipes en el acuerdo, según lo dispone el art. 160, LGS.

La posibilidad de designación de gerentes por tiempo indeterminado constituye una de las ventajas que presenta la SRL en relación a los directores de SA, cuya designación no puede exceder de tres ejercicios, o cinco cuando los designa el consejo de vigilancia, por más que permite su reelección, ya que el art. 60, LGS, exige la inscripción, previa publicación en el Registro Público, de toda designación y cesación de administradores.

No son de aplicación las normas sobre elección por voto acumulativo del art. 263, LGS(23). Tampoco serán, en principio, aplicables las normas para elección por clases o categoría de acciones del art. 262, LGS.

6.4. Derechos y obligaciones

En general, los gerentes gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones que los directores de SA; también se encuentran afectados por las mismas prohibiciones e incompatibilidades.

Dentro de las prohibiciones el art. 264, inc. 1°, LGS, dispone que no puedan ser directores quienes no pueden ejercer el comercio. Luego de la san-

---

(23) CNCom., sala A, 18/11/2010, "Leston, Manuel v. Incat SRL s/ordinario".

ción del CCyCN, que eliminó el concepto de comerciante y todo lo relativo al denominado “estatuto del comerciante”, esta prohibición ha quedado vacía de contenido.

Sin embargo, se mantiene, aunque con una necesaria adecuación por la modificación que sufrió el régimen concursal a partir de la ley 24.522, la prohibición para el fallido o los administradores de la persona jurídica fallida para ser administrador, gerente, síndico, liquidador o fundador de sociedades, asociaciones, mutuales o fundaciones (art. 238, Ley de Concursos). Esta prohibición se encuentra comprendida en el inc. 2° del art. 264. En la actualidad, la inhabilitación del régimen concursal se limita al plazo de un año contado desde la fecha de la sentencia de quiebra, salvo que se hubiera admitido su reducción o su ampliación para los casos de quiebra fraudulenta, como delito contemplado en el Código Penal.

Respecto de la prohibición del inc. 3°, que comprende a los condenados por distintos delitos vinculados a la propiedad y la administración de bienes ajenos y delitos contra la fe pública, y a aquellos que tengan una condena accesoria de inhabilitación para ejercer cargos públicos, en todos los casos la prohibición se extiende hasta después de 10 años de cumplida la condena.

Por último, el inc. 4° de este mismo artículo, establece una incompatibilidad para los funcionarios de la Administración Pública, cuyo desempeño se relacione con el objeto de la sociedad hasta 2 años del cese de sus funciones.

Los gerentes, al igual que los directores en la SA, no pueden participar por cuenta propia o ajena en actos que importen competir con la sociedad, salvo autorización expresa y unánime de los socios, a diferencia de lo que ocurre en la SA que no requiere que la decisión de la asamblea sea unánime.

Cuando el gerente tuviera un interés contrario al social y la gerencia estuviera organizada en forma colegiada, deberán comunicarlo a los restantes miembros y abstenerse de participar en la deliberación y, obviamente, no podrán votar.

Si se tratara de un único gerente o una pluralidad de ellos, que actúen en forma indistinta o conjunta, aquel que se encuentre en esa situación deberá abstenerse de actuar y deberá ponerlo en conocimiento de los socios.

Los gerentes, al igual que los directores, sólo podrán celebrar con la sociedad los contratos que sean de la actividad en que ésta opere y en condiciones de mercado, en caso contrario, requerirán la conformidad de la gerencia si fuera colegiada o de la sindicatura si la hubiera y la gerencia no contara con *quorum* suficiente. De estas operaciones deberá darse cuenta a la reunión de socios que, en caso de desaprobarlas, los gerentes o la sindicatura, en su caso, serán responsables solidariamente por los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad. Los contratos celebrados sin la conformidad, que no fueran ratificados por la reunión de socios, son nulos, sin perjuicio de la responsabilidad por los daños y perjuicios que ocasione.

Con las adaptaciones necesarias, esta disposición también se aplicará cuando la gerencia sea individual, indistinta o conjunta.

Entre las obligaciones que pesan sobre los directores, que se extienden a los gerentes, está la de constituir una garantía en favor de la sociedad por los perjuicios que su actuación pudiera ocasionar, prevista por el art. 256, LGS. Para la Ciudad de Buenos Aires, la IGJ fijó precisiones en cuanto al monto y forma en que debe prestarse dicha garantía(24).

El cargo de gerente no se presume gratuito y debe ser remunerado. La remuneración podrá constar en el contrato o ser fijada por la reunión de socios, según lo disponga el instrumento constitutivo y se encuentra alcanzada por las limitaciones establecidas por el art. 261, LGS.

Según este artículo, relativo a los directores, su remuneración no puede exceder del 25 % de las ganancias del ejercicio, cuando las mismas sean distribuidas en su totalidad a los socios. Dicho límite se reducirá al 5 % cuando no se distribuyan utilidades y aumentará progresivamente en proporción a lo efectivamente distribuido. Dentro del límite se considerarán los sueldos y otras remuneraciones por el desempeño de funciones técnico-administrativas de carácter permanente. El límite máximo podrá excederse ante lo reducido o la inexistencia de ganancias cuando el gerente haya desempeñado comisiones o funciones técnico-administrativas(25), debiendo incluirse la cuestión como punto del orden del día de la reunión de socios que lo considere.

6.5. Renuncia y remoción del gerente

Lo referido a la renuncia no está especialmente regulado por la LGS. Por la remisión que realiza el art. 157, es de aplicación lo dispuesto en relación a los directores de SA por el art. 259, en cuanto resulta compatible.

En función de lo precedentemente indicado, las únicas condiciones que limitan la renuncia de un gerente son que la misma sea dolosa o intempestiva, en cuyo caso será responsable por los daños y perjuicios que hubiere

(24) El art. 75 de la RG IGJ 7/2005 establece las reglas mínimas a que debe adecuarse la garantía. La garantía sólo alcanza a los gerentes titulares y no a los suplentes. Ésta deberá consistir en bonos, títulos públicos o sumas de dinero depositadas en entidades financieras o cajas de valores a la orden de la sociedad. También admite las fianzas, avales bancarios y seguros de caución o de responsabilidad civil a favor de la misma. El seguro de caución es la modalidad más difundida. El monto de la garantía será igual para todos los gerentes. No podrá ser inferior a $ 10.000, pero para las SRL, cuyos emprendimiento sean de reducida magnitud y su capital inferior al mínimo previsto por el art. 186 para las .SA, podrá establecerse un monto menor no inferior a los $ 2000.

(25) No estarían incluidas las funciones técnico-administrativas de carácter permanente.

ocasionado. Deberá ser presentada a la reunión de socios quien será la encargada de aceptarla.

En el supuesto de que la gerencia estuviera organizada en forma colegiada, la renuncia deberá ser aceptada por ella, siempre y cuando no sea dolosa o intempestiva y no afectara su normal funcionamiento, caso contrario deberá continuar en el cargo hasta que sea tratado por la reunión de socios.

Al igual que su designación, la remoción de los gerentes estará siempre a cargo de la reunión de socios. Si bien la redacción del art. 160 puede generar alguna confusión, tanto la designación como la revocación de gerentes se adoptan por mayoría de socios presentes en la asamblea o partícipes del acuerdo.

No puede limitarse la revocabilidad de los gerentes, salvo cuando su designación haya sido realizada como condición expresa de la constitución de la sociedad, en cuyo caso será aplicable el art. 129, LGS, de la regulación de la sociedad colectiva, que requiere de justa causa para su procedencia y los socios disconformes tendrán derecho de receso, es decir, a retirarse de la sociedad con reintegro de su participación.

6.6. Régimen de responsabilidad del gerente

Los gerentes, como todo administrador societario, están alcanzados por el art. 59, LGS, que les impone la obligación de actuar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, y en caso de incumplimiento de sus obligaciones los hace responsables en forma solidaria por los perjuicios causados.

Es importante destacar que la responsabilidad de los gerentes surgirá, al igual que para el resto de los administradores de la LGS, frente al incumplimiento de sus obligaciones, ya que en tanto ello no ocurra, todos los actos que realicen se imputarán a la sociedad conforme al art. 58, LGS (siempre que no sean notoriamente extraños al objeto social), y será la sociedad la obligada respecto de dichos actos con el patrimonio social.

Es necesario entonces, que el gerente haya incumplido con esa obligación genérica de actuar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios o que haya violado la ley, las disposiciones del contrato o las decisiones del órgano de administración, para que se genere su responsabilidad y la consiguiente consecuencia de resarcir el perjuicio ocasionado.

La responsabilidad del gerente deberá además reunir los requisitos que en general se exigen en materia de responsabilidad civil, es decir: la existencia de un acto antijurídico, la imputación a título de dolo o culpa, la existencia de un daño y la relación de causalidad entre ese acto antijurídico y el daño.

La forma en que responderán dependerá de cómo se hubiera organizado la gerencia y de la reglamentación de su funcionamiento en el contrato, según lo dispone el art. 157, LGS, pudiendo ser individual o solidaria.

Si una pluralidad de gerentes participó en los mismos hechos generadores de responsabilidad, la ley admite que el juez pueda fijar la parte que corresponda a cada uno en la reparación de los perjuicios, en función de su actuación personal en el hecho generador de responsabilidad.

Cuando la organización de la gerencia fuera colegiada, son de aplicación las normas relativas a la responsabilidad de los directores. En estos casos, los gerentes no actúan en forma individual o conjunta, sino que las decisiones de la gerencia se adoptan en reuniones que para tomar decisiones válidas debe cumplir con requisitos de convocatoria, *quorum* y mayorías previstos en la ley o en el contrato, debiendo responder en forma solidaria.

En particular, se aplicarán los arts. 274 a 279, LGS, con las adaptaciones necesarias a las particularidades del órgano de administración de la SRL. Según el art. 274, los gerentes responderán ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los socios o los terceros, por el mal desempeño del cargo según el criterio del ya mencionado art. 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

La imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieran asignado funciones en forma personal.

El gerente integrante de una gerencia colegiada podrá eximirse de responsabilidad si participó en la deliberación o resolución, o la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y da noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denuncie a la gerencia, al síndico, a la reunión de socios o se ejerza la acción judicial. Si la sociedad no tuviere sindicatura, la noticia deberá ser dada a la reunión de socios.

Por otra parte, la LGS, en su art. 275, permite la extinción de la responsabilidad del gerente en relación a la sociedad en los supuestos de aprobación de su gestión, renuncia expresa o transacción resuelta por la reunión de socios, pero siempre y cuando dicha responsabilidad no tuviera su origen en la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y no existiera oposición del 5 % del capital social, por lo menos. La extinción es ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal.

Es conveniente recordar que los gerentes que a la vez sean socios, estarán imposibilitados de votar la aprobación de los actos de su gestión o en su remoción con causa, así como respecto de la promoción de acciones de responsabilidad en su contra, según el art. 241, LGS. Sin embargo, podrán aprobar los estados contables, sin que dicha aprobación implique la de su gestión, ni importe la liberación de responsabilidades, conforme lo dispone el art. 72, LGS.

También serán de aplicación los arts. 276 a 279, LGS, que se refieren a las acciones de responsabilidad que podrán entablarse contra los gerentes. Por un lado, la acción social que busca reparar el daño sufrido por la sociedad como consecuencia del incumplimiento, y por el otro, la acción individual que corresponde al socio o a un tercero para resarcir el daño que el socio o el tercero sufrió directamente en su patrimonio como consecuencia de la acción o la omisión del gerente.

La acción social corresponderá a la sociedad, y deberá ser resuelta por la reunión de socios para que proceda, aunque los socios, individualmente, podrán promoverla cuando se hubieran opuesto a la aprobación de la gestión del gerente, la renuncia o la transacción que extinguiera su responsabilidad, o en el caso que la sociedad no promoviera la acción dentro de los tres meses de la fecha del acuerdo.

La decisión de promover la acción de responsabilidad por parte de la reunión de socios importará la remoción del gerente involucrado. Los socios tendrán también la posibilidad de solicitar la intervención judicial de la sociedad en los supuestos contemplados en el art. 113, LGS, para obtener su desplazamiento, o el nombramiento de un coadministrador o un veedor mientras tramita su remoción.

Además de la responsabilidad propia de la LGS, el gerente estará potencialmente expuesto en el ejercicio de sus funciones a otros tipos de responsabilidad de distinta índole, como por ejemplo, la responsabilidad tributaria, la responsabilidad frente al fenómeno de la quiebra de la sociedad, la responsabilidad por daño ambiental, e incluso la responsabilidad penal, penal tributaria, penal cambiaria o aduanera o por el incumplimiento de las obligaciones sobre lavado de dinero. En el ámbito del derecho penal, se requerirá la actuación personal, ya sea por acción o por omisión, y una conducta que encaje en el tipo penal para que el gerente tenga que responder en dicho ámbito.

7. Gobierno

7.1. Deliberaciones de los socios

Coincidente con lo que impone el art. 11 de la LGS, el art. 159 establece que el contrato social deberá disponer sobre la forma de deliberar y tomar acuerdos sociales.

La libertad para disponerlo es amplia y se extiende desde la reunión de socios a la asamblea e incluye, además, cualquier otra forma de adoptar las resoluciones sociales aunque los socios no celebren una reunión con su presencia física.

El órgano de gobierno es el encargado de adoptar las decisiones que se refieran a la modificación de las cláusulas del contrato o a la aprobación de

los estados contables que deberá preparar el órgano de administración, a lo relativo a la designación, remoción, remuneración y responsabilidad de los gerentes y, en general, a aquellas decisiones que importen fijar las pautas u objetivos que deberá tener en cuenta la gerencia al momento de ejercer su función como órgano de administración de la sociedad.

Las decisiones que adopten la mayoría de los socios conforme a lo que disponga el contrato serán, en principio, válidas y obligatorias para todos los socios y deberán ser cumplidas por los gerentes, sin perjuicio del derecho a impugnarlas judicialmente cuando no se hubieran cumplido los recaudos de forma o de fondo al adoptarlas. También estará a salvo el derecho de receso del socio que votó en contra de la decisión, si la misma se encontraba contemplada entre aquellas que autorizan a su ejercicio según la ley o el propio contrato.

Lo relativo a la impugnación de las decisiones del órgano de gobierno se regirá por las cláusulas del contrato y por lo dispuesto en particular por los arts. 251 a 254, LGS, respecto de las asambleas en la SA.

7.2. La reunión de socios

Como ya se señaló, el contrato social deberá prever la forma en que se adoptarán las decisiones sociales. La más común de ellas es la reunión de socios, que no requiere de las formalidades de convocatoria, publicación y *quorum* exigidos para la asamblea en la SA, pero sin embargo, deberá cumplir con el procedimiento que se hubiera previsto en el contrato y con recaudos mínimos para asegurar los derechos de los socios.

Por lo general, la convocatoria a la reunión de socios estará a cargo de la gerencia, aunque no se puede descartar la autoconvocatoria de los socios, salvo que ello hubiera sido excluido en el contrato. El contrato podrá también disponer que uno o más socios tuvieran derecho a convocarla.

El CCyCN en su art. 158, inc. b), relativo al funcionamiento de las personas jurídicas privadas, dentro de las cuales se encuentran las sociedades, dispone que en ausencia de previsiones especiales es válida la autoconvocatoria del órgano de gobierno para deliberar, es decir, que no es necesaria sin citación previa, en tanto concurran todos los miembros y el temario a tratar sea aprobado por unanimidad. Hay que resaltar que lo que debe ser aprobado por unanimidad es el temario, y no cada una de las decisiones que se adopte en los distintos temas que sean tratados, como lo exige el actual art. 237, *in fine*, de la LGS, para asambleas unánimes en la SA.

Si la cuestión no fue expresamente prevista por el contrato, para la validez de sus decisiones, se requerirá la presencia de todos los socios, o deberá acreditarse que todos fueron debidamente citados al domicilio que constaba en el instrumento constitutivo o al que hubiera sido posteriormente notificada la sociedad. La citación deberá contener un orden del día o tema-

rio de las cuestiones a tratar en la reunión. No podrían incorporarse otros temas, a menos que todos los socios estuvieran presentes, salvo que el contrato lo autorizara.

La LGS no establece requisitos de *quorum* mínimo de funcionamiento para las reuniones de socios. El art. 160, LGS, solamente regula las mayorías que deben alcanzarse para adoptar las decisiones, pero no se refiere a él.

El *quorum* es la cantidad mínima de capital o de socios que permitirán a la reunión comenzar a tratar válidamente los temas propuestos, no siendo de aplicación analógica los previsto para la asamblea de la SA, salvo que el contrato social lo disponga, o en el caso en que las decisiones deban tomarse en asamblea, supuesto que está limitado a las SRL de capital superior al del art. 299 y solamente para la consideración de los estados contables, pero que puede extenderse a otros supuestos por vía contractual.

De las reuniones de socios deberá labrarse el acta respectiva en el libro que al efecto deberá llevar la sociedad, conforme el art. 73 de la ley, y deberán ser suscriptas por todos los socios que participaron de la reunión. Por aplicación analógica del art. 249, LGS, el acta debe resumir las manifestaciones hechas en la deliberación, las formas de las votaciones y sus resultados con expresión completa de las decisiones.

7.3. Asambleas

El contrato podrá establecer que las decisiones de los socios deban adoptarse en asambleas, en cuyo caso serán de aplicación las normas que regulan este instituto para las SA, con excepción de lo referido a la citación a los socios que se realizará en forma personal o por otro medio fehaciente al domicilio que surja del contrato constitutivo, o a aquel que posteriormente se hubiera notificado a la gerencia, no siendo necesaria la publicación de avisos en el Boletín Oficial.

Sólo para el caso de la SRL, cuyo capital sea superior al previsto por el art. 299, inc. 2° ($ 10.000.000 en la actualidad), y exclusivamente para la aprobación de los estados contables, la LGS requiere la realización de asambleas y aclara que deberán ser convocadas dentro de los cuatro meses del cierre del ejercicio. En este caso, se aplicará naturalmente el régimen fijado para la SA con la salvedad ya mencionada en el párrafo precedente.

7.4. Otras formas de deliberar y adoptar decisiones

Para el caso de que en el contrato no se hubiera previsto la forma de adoptar las decisiones, la ley también admite dos procedimientos en los cuales no se requiere que los socios se encuentren reunidos para adoptar las decisiones.

Son los supuestos de:

a) la *consulta* que efectúa la gerencia en forma simultánea y por un medio fehaciente a todos los socios. Esta comunicación debe ser dirigida al domicilio constituido por el socio en el instrumento constitutivo, a menos que posteriormente hubiera notificado su modificación a la gerencia. Los socios deberán responder dentro de los diez días de habérseles cursado la consulta. La respuesta debe ser dada a través de cualquier medio que garantice su autenticidad, expresando su posición con relación al tema sujeto a consulta;

b) la *declaración* por escrito en la cual la totalidad de los socios se manifiestan sobre una determinada cuestión. Aquí será imprescindible que conste expresada la voluntad de todos los socios indicando el sentido de su voto respecto del tema en cuestión, aunque no es necesario que todos voten en forma unánime.

En ambos casos se tendrán en cuenta las mayorías que establece el art. 160, LGS, y se exige que la gerencia realice un acta sobre el particular en el libro respectivo, que debe ser confeccionada y firmada por los gerentes dentro de los cinco días de finalizado el acuerdo, y que deberá contener las respuestas dadas por los socios y su sentido a los efectos del cómputo de los votos. Los documentos en que consten las respuestas deberán conservarse por tres años.

7.5. Reuniones a distancia

Dentro de las cláusulas que regulen la forma de adoptar decisiones por parte del órgano de gobierno de la SRL, podrá disponerse en el contrato la validez de las decisiones que se tomen con sus integrantes comunicados a distancia, debiendo establecer el procedimiento y los recaudos a adoptar para su validez.

Sin perjuicio de lo precedentemente indicado, el art. 158 del CCyCN, al que ya se ha hecho referencia, que contiene algunas disposiciones relativas a los órganos de las personas jurídicas privadas, autoriza en su inc. a) a aquellos que deban participar de una reunión del órgano de gobierno, que lo hagan utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos, siempre que todos los que deben participar del acto lo consientan. Aclara que el acta debe ser suscripta por el presidente y otro administrador (los gerentes para la SRL), indicándose la modalidad adoptada, debiendo guardar las constancias, de acuerdo con el medio utilizado para comunicarse.

7.6. Mayorías

Como ya se señaló, cada cuota sólo da derecho a un voto, y los socios se encuentran alcanzados por las limitaciones de orden personal que pesan sobre los accionistas de SA para ejercer el voto cuando tuvieran un interés contrario al social.

A los fines de determinar las mayorías que se requerirán para tomar las decisiones por parte de los socios, conviene distinguir entre aquellas que importan una modificación del contrato y las que no lo afectan.

Con respecto a las *decisiones que tengan por objeto la modificación de las cláusulas contractuales*, el art. 160, LGS, dispone que el propio contrato deba establecer las reglas aplicables a tal fin.

Sin embargo:

a) el contrato no podría establecer una mayoría inferior a la mitad del capital social para dichas decisiones, y para el caso de que el contrato hubiera omitido regular el tema, la mayoría que se requerirá para modificar sus cláusulas será de 3/4 partes del capital social;

b) adicionalmente, y como un clara señal del mantenimiento de algunos elementos personales en este tipo social, la ley dispone que si un solo socio representa el voto mayoritario, es decir, que se reúne en un único socio el porcentaje requerido para adoptar la decisión, igual se necesitará del voto de otro socio.

En relación *al resto de las resoluciones sociales* que no conciernan a la modificación del contrato, así como para la designación y revocación de gerentes o síndicos, se adoptarán por mayoría del capital presente en la asamblea o que participe del acuerdo, salvo que en el contrato se hubiera establecido una mayoría superior.

Como se verá en el apartado siguiente, determinadas decisiones, que importan la modificación del contrato social, darán derecho de receso a los socios que hubieran votado en contra.

La decisión de aumentar el capital es, sin dudas, una decisión que requerirá de las mayorías especiales señaladas. Sin embargo, tal decisión no dará a los socios que votaron en contra derecho de receso en ningún caso. Los ausentes o que votaron en contra del aumento tendrán derecho a suscribir cuotas en forma proporcional a su participación social. Si alguno optara por no ejercer su derecho de suscripción preferente, los restantes podrán acrecer, o en su defecto, podrán incorporarse nuevos socios.

7.7. Derecho de receso

Hay que recordar que, en general, el derecho de receso es el derecho que tiene el socio de retirarse de la sociedad con reintegro de su participación, cuando los socios, por mayoría, adopten decisiones que importen una modificación de las pautas que él tuvo en cuenta al momento de incorporarse a la sociedad o que agraven su responsabilidad.

El derecho de receso sólo procede en los casos en que la ley o el contrato social lo habiliten y constituye un contrapeso al principio mayoritario que

permite, a los que reúnan la mayoría, tomar las decisiones que consideren más convenientes aunque signifiquen modificaciones relevantes al contrato.

Según el art. 160, párr. 4°, LGS, los socios que votaron en contra de la adopción de las siguientes resoluciones tendrán derecho de receso:

- Transformación, fusión y escisión.
- Prórroga y reconducción.
- Transferencia del domicilio al extranjero.
- Cambio fundamental de objeto.
- Todo acuerdo que incremente las obligaciones sociales o la responsabilidad de los socios que votaron en contra.

Los socios que ejerzan el derecho de receso podrán retirarse de la sociedad y tendrán derecho a que se les reembolse el valor de sus respectivas cuotas sociales al valor resultante del último balance realizado o que deba realizarse, en cumplimiento de normas legales o reglamentarias, de acuerdo con lo que dispone el art. 245, LGS, al que remite el art. 160. El plazo para el pago de la suma correspondiente al reembolso se fija en un año, computado desde la clausura de la asamblea.

7.8. Actas

Como ya fue señalado, la SRL deberá llevar un libro con las formalidades establecidas en el CCyCN para las actas de reuniones de socios o las asambleas que realicen, o de aquellas decisiones que no se adopten por dicho sistema sino por medio de alguno de los procedimientos que autoriza la LGS de consulta o declaración.

Para los casos de reuniones de socios o asambleas, las actas deben resumir las manifestaciones hechas en la deliberación, las formas de las votaciones y sus resultados con expresión completa de las decisiones.

Del resultado de la consulta o declaración, las actas deben ser confeccionadas y firmadas por los gerentes dentro del quinto día de concluido el acuerdo, debiendo constar en las mismas las respuestas dadas por los socios y su sentido a los fines del cómputo de los votos. Deberán conservarse por tres años los documentos en que consten tales respuestas.

8. Fiscalización

La fiscalización interna de la sociedad cumple la función principal de ejercer el control de legalidad sobre los actos que realicen los integrantes del órgano de administración. Como ya fuera visto, en las sociedades de personas el ejercicio de la fiscalización se encuentra a cargo de los propios

socios, quienes podrán examinar los libros y papeles sociales, y recabar del administrador los informes que estimen pertinentes. En la SA la fiscalización interna estará, en principio, a cargo de la sindicatura o del consejo de vigilancia.

En la SRL, el art. 158, LGS, dispone que el contrato deba regular lo relativo a la fiscalización, siendo optativo contar con un órgano de fiscalización cuando se trata de una SRL con un capital inferior al establecido en el art. 299, LGS. En cambio, resulta obligatorio contar con alguno de los órganos de fiscalización regulados en la sección correspondiente a la SA cuando su capital exceda del monto señalado[26].

Cuando la SRL con capital inferior al del art. 299, inc. 2°, no opta por designar un órgano para ejercer la fiscalización de la sociedad, los socios serán los encargados de ejercer el control directo sobre la administración, los libros y los papeles sociales en los términos del art. 55, LGS, ya citado.

Tanto para el caso de que se hubiera optado por tener un órgano de fiscalización, o que el mismo fuera obligatorio por tener un capital superior al fijado por la norma, el contrato podrá prever que la función se encuentre a cargo de la sindicatura o de un consejo de vigilancia.

En suma y simplificando, una de las principales diferencias entre la sindicatura y el consejo de vigilancia se encuentra en su composición, en el primer caso, debe integrarse con abogados, contadores o sociedades formadas por abogados o contadores que tengan responsabilidad solidaria e ilimitada; en el segundo, estará integrada sólo por socios en un número que va de tres a quince. Existen también diferencias en cuanto a las atribuciones que cumplen cada uno de estos órganos que se deben a su diferente integración y que se analizarán al estudiar la SA.

Cuando la adopción de un órgano de fiscalización sea optativa, su funcionamiento se regirá por las cláusulas del contrato y supletoriamente por las normas de la SA.

En cambio, cuando la fiscalización sea obligatoria, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las normas de la sociedad anónima en materia de sindicatura y consejo de vigilancia, los deberes y atribuciones de los mismos no podrán ser menores que los establecidos para esa sociedad.

La SRL no estará sujeta a control o fiscalización estatal externa, ni siquiera en el caso de que su capital supere al establecido en el art. 299, inc. 2°.

(26) Art. 148, LGS.

SÍNTESIS

Características:

- El capital está dividido en cuotas sociales.
- Los socios limitan su responsabilidad a las cuotas suscriptas, pero garantizan la integración total del capital social y la correcta valuación de los aportes en especie.
- El número de socios no puede exceder de cincuenta.

Clases de SRL:

- SRL con capital inferior al fijado por el art. 299, LGS (actualmente $ 10.000.000).
- SRL con capital superior al del art. 299, LGS.

Capital:

- Dividido en cuotas.
- Debe suscribirse totalmente al momento de la constitución.
- El aporte del socio debe consistir en bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada y dados en propiedad a la sociedad.
- La integración en aportes en dinero debe ser como mínimo de un 25 % al momento de la constitución, y el saldo en un plazo que no puede exceder los dos años.
- La LGS no exige un capital mínimo, la IGJ exige que el capital social guarde proporción con su objeto social.

Cuotas sociales:

- Todas las cuotas tienen que tener igual valor, $ 10 o sus múltiplos.
- Cada cuota sólo puede dar derecho a un voto.
- Son libremente transmisibles.
- Pueden establecerse en el contrato social limitaciones a su transmisión, pero no pueden prohibirse.
- Las limitaciones deben constar en el contrato al igual que el procedimiento que deberá seguirse.

Órganos sociales:

- Administración: Gerencia

- Puede ser individual o plural y puede estar organizada en forma indistinta, conjunta o colegiada.
- Pueden ser socios o no, designados por tiempo determinado o indeterminado, en el contrato o posteriormente.
- Los derechos y obligaciones de los gerentes son los mismos que los de los directores.
- Responden de acuerdo a la organización de la gerencia.

• Gobierno: Reunión de socios

- Si la SRL tiene capital superior al del art. 299, inc. 2°, se requiere para la aprobación de los estados contables la realización de una asamblea. La citación a los socios se realiza en forma personal o por cualquier medio fehaciente al domicilio constituido por el socio en la sociedad.
- Son válidas, además, las decisiones que adopten los socios por medio de los procedimientos de consulta y declaración que no requieren la existencia de una reunión.
- Las decisiones que importen modificar el contrato deben ser adoptadas por socios que representen ¾ del capital social si no se previó un porcentaje menor en el contrato, el que no podrá ser inferior a la mayoría del capital social. Siempre se necesitará del voto de otro socio.
- El resto de las decisiones se adoptan por mayoría de socios presentes en la reunión o partícipes del acuerdo.

• Fiscalización: Sindicatura o consejo de vigilancia

- Será optativa para las SRL con capital inferior al inc. 2° del art. 299, LGS. Se regirá por las disposiciones del contrato y supletoriamente las normas de la SA.
- Obligatoria si el capital es superior a dicho monto. Las atribuciones y deberes no pueden ser menores que los de la SA.
- Cuando no fuera obligatoria y la sociedad no opte por tener un órgano de fiscalización, la ejercerán directamente los socios (art. 55, LGS).

Capítulo XV

La sociedad anónima. Capital social. Acciones. Derechos de los accionistas

Por Sebastián Sal(1)

1. La sociedad anónima. Antecedentes

La sociedad anónima es la “reina” de las sociedades, ya que es la más compleja, la jurídicamente más elaborada y el tipo societario que mejor se ajusta a desarrollos comerciales de gran volumen económico.

---

(1) Abogado (UBA - 1988). Profesor adjunto UBA FCE “Instituciones de Derecho Privado”. LLM University of Pennsylvania (1997).

Los primeros atisbos de las sociedades, conforme las conocemos actualmente, los encontramos en Italia, Holanda e Inglaterra.

En Italia, existían en el siglo XVI sociedades caracterizadas por ser intermediarias entre el Estado y sus acreedores, a las que se les delegaba ciertas facultades propias de aquél y presentaban como característica la división del capital en partes iguales y transmisibles, y la responsabilidad limitada al importe del crédito de cada acreedor.

Se aprovechó, para su creación original, una larga tradición de sociedades personales, sobre todo de la *commenda* italiana, así como la limitación de la responsabilidad en el condominio naval y en el transporte marítimo(2).

En Holanda, las sociedades anónimas se remontan a mediados del siglo XVII, ello generado con motivo de las grandes inversiones que debían realizarse para comerciar y colonizar las Indias Orientales y Occidentales (América). Esto implicaba una inversión comercial que hoy clasificaríamos como de "altísimo riesgo", ya que había que disponer de un barco de gran porte capaz de cruzar el océano, cargarlo con mercaderías, colocarle marineros, animales, comida y enviarlo a un destino incierto en un viaje que podría durar más de un año sin tener información alguna.

Había muchas posibilidades de que esa inversión terminara hundida en el fondo del mar, con lo que las pérdidas podían ser enormes para quien tomara ese riesgo a título personal. Como consecuencia, la "tasa de retorno" era muy grande. Si el barco volvía a puerto sano y salvo, se obtenía una increíble ganancia.

Obviamente, era mucho más seguro afrontar esa inversión y riesgo no en forma individual, sino colectiva. Y si esto se podía hacer limitando las pérdidas, mejor aún. Y mucho mejor si ni siquiera se hacía público quiénes eran realmente los inversores o comerciantes.

No olvidemos que en esa época la profesión de "comerciante" no era socialmente bien considerada. El comercio no era para los nobles, ni para los militares, ni para los religiosos, quienes integraban las castas superiores. Baste recordar lo que Shakespeare escribe al respecto en *El Mercader de Venecia*.

Sin embargo, a pesar de ello, todos vieron la posibilidad de enriquecerse limitando sus pérdidas, para lo cual fue la creación de las sociedades anónimas un instrumento jurídico-comercial ideal.

La primera fue la Compañía Holandesa de las Indias en 1602. Holanda era —y sigue siendo— un país que vive cara al mar y al comercio.

---

(2) ASCARELLI, TULIO, *Problemi Giuridicci*, t. I, Milano, 1959, p. 248; Sobre la *commenda*, ver SCIALOJA, A., *La commenda nel diritto comune del Mediterraneo del secoli XI-XII*, Roma, 1945.

La siguieron en su aplicación otros países, tales como Inglaterra y Francia, generando un gran desarrollo económico, ya que sociedades anónimas se desempeñaron en ese momento —y aún lo siguen haciendo— como el instrumento ideal de las grandes empresas industriales, bancarias o mercantiles.

La limitación de las responsabilidades de los socios y la representación de sus aportaciones por medio de acciones o títulos de crédito de libre circulación, permitieron y permiten que se formen grandes capitales de inversión con pequeños aportes de personas comunes.

Es casi imposible pensar hoy en día en algún ordenamiento legal que no las tenga reguladas.

En el derecho anglosajón (Reino Unido y los Estados Unidos de América) se denominan *Corporations* o *Incorporated Entities*.

Además de Italia, otros países europeos continentales tienen una larga relación histórica con la SA. Tan así es que la Unión Europea aprobó el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea con fecha 8 de octubre de 2001, a fin de unificar las normas aplicables a las mismas en dicho continente.

1.1. Características. Su importancia en la economía moderna

Las características principales de las sociedades anónimas son: 1) el límite del riesgo de la inversión al capital suscripto y 2) la representación de ese capital en títulos de libre circulación.

Esto fue recogido por nuestro ordenamiento jurídico, que no da una definición de las SA, sino que directamente menciona, en el art. 163, LS, que en las sociedades anónimas: "El capital se representa por acciones y los socios limitan su responsabilidad a la integración de las acciones suscriptas".

El límite de responsabilidad, al igual que la posibilidad de poder retirarse de la inversión con sólo transmitir los títulos que representan a las mismas, son elementos esenciales a la hora de incentivar a las personas a invertir sus ahorros en la producción de bienes y servicios.

Esta posibilidad de inversión ha sido también una gran herramienta para el desarrollo social.

La ecuación es simple, ya que se alienta la circulación del dinero de un modo virtuoso: 1) las personas comunes destinan sus ahorros a la producción de bienes y servicios; 2) la producción de esos bienes y servicios genera trabajo; 3) además, para la producción de esos bienes y servicios requieren de otros elementos —por ejemplo, materias primas— que también deben ser provocadas, generando más trabajo; 4) los mismos trabajadores pueden invertir sus ahorros en estas sociedades, incrementándose aún más la producción, la necesidad de mano de obra, de materiales, y ofreciendo como consecuencia a la misma población variados productos y a mejor precio.

Ello permite asimismo que esas inversiones inclusive se extiendan por fuera de las fronteras de los países generando procesos de integración como la Unión Europea, el NAFTA (*North American Free Trading Agreement*) o el Mercosur.

Baste como simple botón de muestra observar la cantidad de compañías "multinacionales" que existen —todas ellas funcionando bajo el régimen de sociedades anónimas—, contando algunas de ellas un capital social mayor que el PBI de muchos países.

El desarrollo social y económico de las SA también es evidente al observar que los países que las fomentan y las controlan son los que ofrecen mejor nivel de vida.

2. CONSTITUCIÓN: MODO Y FORMA

Las SA pueden constituirse de dos formas: a) por acto único, o 2) por suscripción pública[3].

2.1. Constitución por acto único

El caso más común de constitución de las SA en nuestro ordenamiento jurídico es el de acto único, que no es más que la redacción del documento de constitución (contrato social) por parte de los socios, el que debe ser realizado mediante instrumento público e inscripto en el Registro Público de Comercio de su domicilio.

El instrumento de constitución debe cumplir con los requisitos establecidos en el art. 11 de la LS, e incluir específicamente los previstos en el art. 166 que hace referencia concreta al capital social, a la integración y suscripción del mismo y a la elección de directores y síndicos.

En cuanto al capital, es necesario describir en el instrumento no sólo el monto del capital social, sino también, concretamente, la naturaleza, clases, modalidades de emisión y demás características de las acciones. Debe también preverse su régimen de aumento.

Además, debe dejarse en claro cuál es el monto suscripto (aporte prometido) y cómo integrará (se efectivizará esa promesa).

En la constitución por acto único, el capital social estará suscripto en un 100%, es decir, se sabrá, al inicio de la constitución de la sociedad, cuál va a ser el capital social, quién lo va aportar y cuándo.

No es necesario que el aporte suscripto deba ser integrado completamente al momento de la constitución de la sociedad.

(3) Art. 165, LS.

La ley exige que se integre al momento de la constitución por lo menos el 25% del capital social, pudiéndose realizar el resto del aporte en un plazo que no puede exceder de 2 años, siempre que sean aportes dinerarios.

Si fueran aportes de bienes (derechos, títulos, cosas muebles o inmuebles) habrán de integrarse al 100%.

En la sociedad anónima unipersonal (SAU), no importa de qué tipo de aporte se trate (dinerario o de bienes), el capital social deberá estar totalmente integrado(4).

El instrumento constitutivo determinará asimismo cómo se elegirán los integrantes de los órganos de administración y de fiscalización, fijando el término de duración en los cargos.

Todos los firmantes del contrato constitutivo serán considerados socios fundadores.

Una vez concluido el contrato (y pasado a instrumento público) se procederá a su inscripción en el Registro Público de Comercio del domicilio social, a fin de que se verifique el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales.

Comprobado que el instrumento se ajusta a la ley, se dispondrá la inscripción de la sociedad, la que a partir de ese momento será considerada persona jurídica.

En caso de que el estatuto previese un reglamento, éste se inscribirá junto con el instrumento constitutivo.

2.2. Constitución por suscripción pública

La LS establece otra forma de constitución de las SA. En este caso, no hay un grupo de personas que desean asociarse y que sólo deben realizar un documento para tener su sociedad “lista para usar”, sino que se trata de emprendedores (promotores) que tienen una idea de negocio y que lo que les falta son inversores (suscriptores) que colaboren con aportes.

Es así que los promotores deberán, como primer paso, redactar un “Programa de Fundación”, que puede serlo mediante instrumento público o privado.

Ese “Programa de Fundación” debe ser aprobado por la autoridad de contralor en el término de 15 días hábiles.

Si se aprueba el programa, los promotores podrán seguir adelante con la constitución societaria, caso contrario deberán hacer las modificaciones y adaptaciones que les sean requeridas previo proseguir con el trámite.

(4) Art. 187, LS.

El Programa de Fundación aprobado se presentará para su inscripción en el Registro Público de Comercio en un plazo no mayor de quince (15) días corridos. Esto resulta de suma importancia, ya que si se omite la presentación en este término, caducará automáticamente la autorización administrativa y se deberá volver a iniciar el proceso.

Todos los firmantes del Programa de Fundación se consideran promotores.

Éste es una especie de "pre-contrato social", ya que debe contener las bases del futuro estatuto social.

Además contará con los datos personales de los promotores (nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, número de documento de identidad y domicilio), y debe describir el monto de las emisiones programadas, las condiciones del contrato de suscripción y anticipos de pago a que obliga.

En el mismo se designará un banco (entidad financiera) con el cual los promotores celebrarán un contrato a fin de que éste asuma las funciones que se le otorguen como representante de los futuros suscriptores y que servirá también para su búsqueda.

El banco preparará la documentación correspondiente, recibirá las suscripciones y los anticipos de integración en efectivo, el primero de los cuales no podrá ser inferior al 25 % del valor nominal de las acciones suscriptas.

Los aportes en especie deberán individualizarse con precisión, procediéndose a la confección de un inventario de ser necesario. En todos los casos, el valor definitivo de los bienes debe resultar de la oportuna aplicación del art. 53, LS(5).

Deben figurar en el programa las ventajas o beneficios eventuales que los promotores proyecten reservarse, ya que tiene cierta lógica que aquellos que promueven la inversión pretendan reservarse al menos algún tipo de control sobre la misma.

Las firmas de los otorgantes tendrán que ser autenticadas por escribano público u otro funcionario competente.

---

(5) Art. 53, LS: "En las sociedades por acciones la valuación que deberá ser aprobada por la autoridad de contralor, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 169, se hará: 1) Por valor de plaza, cuando se tratare de bienes con valor corriente; 2) Por valuación pericial, cuando a juicio de la autoridad de contralor no pueda ser reemplazada por informes de reparticiones estatales o Bancos oficiales. Se admitirán los aportes cuando se efectúe por un valor inferior a la valuación, pero se exigirá la integración de la diferencia cuando fuere superior. El aportante tendrá derecho de solicitar la reducción del aporte al valor resultante de la valuación siempre que socios que representen tres cuartos (3/4) del capital, no computado el del interesado, acepten esa reducción".

Una vez aprobado e inscripto el programa, comienza a correr el plazo en que deberá conseguirse la suscripción del 100% del capital pretendido. El plazo no podrá exceder de los tres meses.

Los suscriptores adherirán al programa a través de un “contrato de suscripción”, que será preparado en doble ejemplar por el banco.

Ese contrato debe transcribir el programa que el suscriptor declarará conocer y aceptar.

Incluirá los datos personales del suscriptor, la cantidad acciones suscriptas, el anticipo de la integración que se realice en ese acto (no menor al 25%), las constancias de la inscripción del programa y la convocatoria a asamblea constitutiva, con su orden del día.

La asamblea constitutiva deberá celebrarse en un plazo no mayor de 2 meses de la fecha de vencimiento del período de suscripción.

El problema principal que enfrentan los promotores es lograr la suscripción del *cien por ciento* del capital que requieren, ya que de lo contrario, los contratos se resolverán de pleno derecho y el banco restituirá de inmediato a cada interesado el total entregado sin descuento alguno, afrontando todos los costos insumidos los promotores.

Pero también podría ocurrir que la demanda de acciones fuera exitosa y hubiera una suscripción en exceso. En ese caso, en la asamblea se decidirá su reducción a prorrata o aumento del capital hasta el monto de las suscripciones.

Todos estos trámites están en cabeza de los promotores, hasta la realización de la asamblea constitutiva, en la que –de constituirse finalmente la sociedad– asumirán la responsabilidad los administradores que allí se designen.

El banco puede urgir el cumplimiento de estas obligaciones en representación del conjunto de suscriptores, quienes sólo tendrán acción individual en lo referente a cuestiones especiales atinentes a sus contratos.

En el caso de que se haya completado la suscripción al 100% en tiempo y forma, se llevará a cabo la reunión.

A ella deberán concurrir los promotores, los suscriptores, el representante del banco interviniente y será presidida por un funcionario de la autoridad de contralor.

El *quorum* necesario para su funcionamiento será el de la mitad más una de las acciones suscriptas.

Si no se cuenta con el número suficiente, fracasaría la convocatoria, dándose por terminada la promoción de la sociedad y restituyéndose lo abonado conforme al art. 173, LS, sin perjuicio de las acciones del art. 175, LS.

Si hay *quorum* se llevará a cabo la asamblea. Cada suscriptor tiene derecho a tantos votos como acciones haya suscripto e integrado en la medida fijada. Las decisiones se adoptarán por la mayoría de los suscriptores presentes que representen no menos de la tercera parte del capital suscripto con derecho a voto.

En dicha asamblea se resolverá si se constituye la sociedad y, en caso afirmativo, sobre la gestión de los promotores; la redacción final del estatuto social, la valuación provisional de los aportes no dinerarios, en caso de existir los mismos.

Se designarán también las autoridades (directores y síndicos o consejo de vigilancia en su caso) y se fijará el plazo de integración del saldo de los aportes en dinero.

Se podrá tratar (siempre que esté en el orden del día) cualquier otro asunto que el banco considerare de interés y, finalmente, se designaran dos suscriptores o representantes a fin de que aprueben y firmen, juntamente con el presidente y los delegados del banco, el acta de asamblea que se labrará por el organismo de contralor.

Los promotores que también fuesen suscriptores, no podrán votar respecto de la aprobación de su propia gestión.

Una vez concluida la reunión con éxito, y labrada el acta, se procederá a obtener la conformidad, publicación e inscripción, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 10 y 167 de la LS. El banco depositará los fondos percibidos en uno oficial y entregará al directorio la documentación referente a los aportes.

Una vez inscripta, la sociedad asumirá las obligaciones contraídas legítimamente por los promotores y les reembolsará los gastos realizados, si su gestión ha sido aprobada por la asamblea constitutiva o si los gastos han sido necesarios para la constitución.

Inscripto el contrato constitutivo, los actos necesarios para la constitución y los realizados en virtud de expresa facultad conferida en el acto, se tendrán como originariamente cumplidos por la sociedad. Los promotores, fundadores y directores quedan liberados frente a terceros de las obligaciones emergentes de estos actos.

El nuevo directorio podrá resolver, dentro de los 3 meses de realizada la inscripción, la asunción por la sociedad de las obligaciones resultantes de los demás actos cumplidos antes de la inscripción, dando cuenta a la asamblea ordinaria.

Finalmente, los promotores y los fundadores no podrán obtener ningún beneficio que menoscabe el capital social. Todo pacto en contrario es nulo. Sólo podrán recibir una retribución consistente en la participación de hasta el 10 % de las ganancias, por el término máximo de diez ejercicios.

Como se observa, la constitución por suscripción pública, si bien es un instrumento concebido para facilitar la inversión en proyectos, también resulta engorroso, burocrático y, sobre todo, de gran riesgo para los promotores, que deben afrontar los costos del procedimiento en caso de no concluir favorablemente.

Quizá por eso, este sistema de constitución casi no es usado, siendo más práctico y menos riesgoso, para quien quiere atraer inversores, constituir una sociedad por acto único y luego ampliar el capital a medida de que el dinero y nuevos socios vayan confiando en el proyecto propuesto.

2.3. Unipersonalidad y pluraridad

La gran modificación introducida por el nuevo Código Civil y Comercial, respecto de la ley de sociedades, es la posibilidad de crear sociedades unipersonales.

Pero este tipo de sociedades unipersonales sólo pueden adoptar el tipo societario de la sociedad anónima[(6)], denominándose sociedad anónima unipersonal (SAU).

Es decir, las sociedades anónimas actualmente podrán tener desde uno hasta una cantidad indeterminada de socios.

En el caso de las unipersonales (SAU), la LS exige la integración del 100% del capital suscripto por su único socio, cosa que parece lógica, ya que ese aporte ya no formará parte del patrimonio personal del socio, sino que pertenecerá a la sociedad.

El esquema de sociedades unipersonales ya se aplica en muchos países y bloques económicos, aunque no siempre en relación a las sociedades anónimas. Es más común verlo asociado a tipos societarios similares a las SRL, porque se supone que las sociedades unipersonales no deberían estar destinadas a manejar importantes sumas de dinero, con lo que el formato de las SRL les sería más adecuado.

Es así que en los Estados Unidos existen sociedades unipersonales pero bajo el esquema de *Limited Partnerships*, en la cual se le reconoce límite en la responsabilidad al comerciante en determinadas situaciones.

Por ejemplo, en Alemania se admite la existencia sociedades unipersonales desde el siglo XIX. Las características que debían cumplir estas sociedades no eran otras que contar con un capital mínimo y la inscripción

(6) Art. 1°, LS: "Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas. La sociedad unipersonal sólo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal".

en el registro. El socio único podía ser tanto persona física como jurídica, y tendría responsabilidad ilimitada por las obligaciones contraídas por su sociedad. Sobre esos antecedentes se basa hoy la ley germana de sociedades de responsabilidad limitada.

Por su parte, la República Francesa no aceptó la unipersonalidad en las sociedades hasta el año 1945, año en el cual se promulgó la ley 556 que las admitió, pero sólo para las sociedades de responsabilidad limitada.

En Gran Bretaña, las sociedades unipersonales son denominadas *one men companies*, y no fue hasta 1897 cuando se empezó a reconocer este tipo. Pero recién en el año 1992 se reformó la *Company Regulations Act* como consecuencia de la transposición de la directiva 89/667/CEE, y así se autorizó la constitución de sociedades con un solo socio bajo la rúbrica de las *Limited Private Companies.*

La Unión Europea ha tomado lo que ya era usado en los diferentes países que la integran.

En dicho bloque económico, en abril de 2014 se presentó la "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las Sociedades Unipersonales Privadas de Responsabilidad Limitada" (SUP —*Societas Unius Personae*—) tendiente a facilitar las actividades transfronterizas de las empresas, al solicitar a los Estados miembros que establezcan en sus sistemas jurídicos una forma nacional de derecho de sociedades, que pueda seguir las mismas normas en todos y tenga una abreviatura única en la UE. Estaría formada y ejercería su actividad de conformidad con normas armonizadas en todos los Estados miembros, lo que debe disminuir los costes de constitución y funcionamiento[7].

---

(7) La Comisión Europea pretendía abordar estos costes en su Propuesta de 2008 del Estatuto de la Sociedad Privada Europea (SPE). Esta propuesta aspiraba a ofrecer a las Pyme un instrumento que facilitase sus actividades transfronterizas, que sería sencillo, flexible y uniforme en todos los Estados miembros. Se presentó a modo de respuesta a una serie de solicitudes de las empresas para la creación de una verdadera forma europea de sociedad privada de responsabilidad limitada. Sin embargo, a pesar del firme apoyo de la comunidad empresarial, no ha sido posible encontrar una solución de compromiso entre los Estados miembros que permita la adopción unánime del Estatuto. La Comisión decidió que retiraría la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el estatuto de la sociedad privada europea y, en su lugar, anunció que presentaría la propuesta de una medida alternativa destinada a resolver, al menos, algunos de los problemas abordados por la SPE. Este enfoque es coherente con el plan de acción de 2012 sobre derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo, que reafirmó el compromiso de la Comisión de poner en marcha otras iniciativas, además de la propuesta de la SPE, con el fin de aumentar las oportunidades transfronterizas para las Pyme. El objetivo general de la presente propuesta, en la que se establece un planteamiento alternativo a la SPE, es facilitar a todo posible fundador de una empresa, y en particular para las Pyme, el establecimiento de empresas en el extranjero. Ello debe fomentar y estimular más el espíritu empresarial y conducir a mayor crecimiento, innovación y empleo en la UE. En particular, los costes podrían reducirse mediante el procedimiento de registro ar-

3. Contenido del acta constitutiva y del Estatuto. Sus reformas

El acta constitutiva y Estatuto de las SA deben realizarse por instrumento público. El instrumento constitutivo debe contener los requisitos previstos en el art. 11 de la LS, elemento que es común a todos los tipos sociales.

Se incluirán los datos de los socios (nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y número de documento) que pueden ser personas humanas o jurídicas, su denominación social, domicilio y su objeto. Si los socios son otras sociedades comerciales deberá también identificárselas.

Asimismo, se especificará su capital social con la mención del aporte de cada socio. Vale recordar que para el caso de las SAU el capital deberá ser integrado totalmente en el acto constitutivo.

Se determinará el plazo de duración, la organización del directorio, de su fiscalización y de las asambleas (mayorías y *quorum*), las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas, más las cláusulas necesarias para que puedan establecerse respecto de los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros y las cláusulas relacionadas con el funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad.

Todo cambio o reforma estatutaria debe ser aprobado por asamblea extraordinaria y ser inscripto en el Registro Público de Comercio que corresponda, siempre mediante el uso de instrumento público(8).

Además dichas modificaciones deben ser publicadas en el Boletín Oficial.

---

monizado, la posibilidad de registro en línea con un modelo de escritura de constitución y un nivel bajo de capital legal necesario para su constitución. Los acreedores estarían protegidos por la obligación impuesta a los administradores de las SUP (y en algunos casos al socio único de la SUP) de controlar los beneficios. Con objeto de que las empresas puedan aprovechar plenamente las ventajas del mercado interior, los Estados miembros no deben exigir que el domicilio social y la administración central de la SUP estén necesariamente situados en el mismo Estado miembro (Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las Sociedades Unipersonales Privadas de Responsabilidad Limitada Bruselas, 9/4/2014).

(8) "De conformidad con lo dispuesto por las Leyes Nº 22.315 y 19.550, la Inspección General de Justicia tiene facultad para verificar el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales respecto de los actos sociales a ser inscriptos, en especial, en lo referente a las variaciones de capital; la circunstancia de que el modo de cumplimiento de la obligación constituya materia patrimonial, disponible para las partes, no resulta suficiente para sustentar la falta de competencia del organismo en relación con la capitalización del pasivo, máxime atendiendo a lo dispuesto por el art. 248 de la LSC y a las particularidades del caso, donde el acreedor resulta ser asimismo, accionista controlante de su deudor (Dictamen del Procurador General que la Corte comparte)" (CSJN, 10/4/2007, "Inspección General de Justicia v. Empresa Naviera Petrolera Atlántica SA", cita: IJ-XI-751).

4. Formación del capital social. Aportes de los socios

El capital social es un elemento principal en las sociedades comerciales, y mucho más aún en los tipos societarios que limitan la responsabilidad de sus socios.

En el caso de las SA el límite de responsabilidad de los socios se fija en la integración del capital suscripto por ellos.

El capital social mínimo requerido para la constitución de una SA es de $ 100.000. Ese monto puede ser actualizado por el Poder Ejecutivo, ya sea producto de la depreciación económica o por motivos de utilidad social.

Se forma con los aportes de los socios, que en el caso de las SA sólo pueden consistir en obligaciones de dar.

4.1. Suscripción

La suscripción es la promesa de la integración. El capital social debe estar totalmente suscripto al momento de la constitución (art. 186, LS), toda vez que se debe conocer quiénes son los obligados a aportarlo y cuándo lo deberán hacer.

No puede existir capital social sin asignación del que no se sepa quién es el responsable de integrarlo, de qué forma y en qué plazo.

En los casos de aumentos de capital por suscripción, el contrato deberá extenderse en doble ejemplar y contener: a) el nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y número de documento de identidad del suscriptor o datos de individualización y de registro o de autorización tratándose de personas jurídicas; b) la cantidad, valor nominal, clase y características de las acciones suscriptas, y c) el precio de cada acción y del total suscripto; la forma y las condiciones de pago.

Si los aportes fueran en especie se individualizarán con precisión.

4.2. Integración

La integración se produce cuando el aporte se hace efectivo.

Si el aporte es en dinero, la integración al momento de la inscripción no podrá ser menor al 25% del capital suscripto, si se tratare de una sociedad anónima *de dos socios o más*.

Es importante remarcar que la ley no especifica que *cada socio* debe integrar el 25%, sino que sólo requiere que esté integrado ese porcentaje del capital social en la sociedad *sin importar quién lo integró.*

Si fuera una SAU, la integración del capital suscripto deberá ser total (100%)[9].

Se acreditará la existencia del capital integrado, ya sea mediante el comprobante de su depósito en un banco oficial (depósito que será devuelto a la sociedad una vez inscripta la sociedad) o a través de una certificación contable.

Si el aporte no fuera en especie, deberá encontrarse integrado totalmente al momento de la inscripción de la sociedad. Si fueran bienes registrables, se anotarán provisoriamente a nombre de la sociedad en formación.

El aporte a una sociedad es una operación jurídica que tiene por finalidad afectar el bien aportado al objeto social[10].

Es esencial para el desenvolvimiento de la sociedad que los socios contribuyan a la formación del fondo común. Los aportes entregados por los socios pasan a formar parte del capital social, perteneciendo con exclusividad a aquélla, quedando afectados a su giro y sirviendo de prenda común a los acreedores[11].

El cumplimiento de esta obligación corresponde a cada tipo societario, de acuerdo con los plazos máximos dispuestos por la ley, o cuando lo establezca el contrato social, o desde la inscripción de la sociedad cuando no se hubiera establecido plazo (arts. 172, inc. 3°, y 187 para las SA).

Si no se fija un plazo para la realización del aporte deberá cumplirse desde que se inscribió la sociedad (art. 37, LS).

4.3. Mora en el aporte

Es una obligación principal de los socios realizar los aportes a los que se comprometieron en tiempo y forma.

El mero vencimiento del plazo en que debió realizarse el aporte coloca al socio en mora, no siendo necesaria la interpelación previa. Sin perjuicio de ello, debe notificarse al aportante de tal circunstancia a fin de que el mismo esté al tanto[12].

---

(9) Art. 187, LS.

(10) Ripert, George, *Tratado elemental de derecho comercial*, t. II, TEA, Buenos Aires, 1954, p. 61.

(11) CNCom., sala E, 24/5/1990, “López Fernández, Adolfo v. Vivero SRL, I, 1990-B, 2174.

(12) El art. 37 de la LS faculta a la sociedad a excluir al socio que no cumple con los aportes en las condiciones convenientes. Tal resolución debe ser notificada al interesado y en el supuesto de ser acatada se efectiviza sin más, y sólo cabe estar a las resultas del juicio en el caso de que el disconforme hubiere formalizado la reclamación judicial que la ley le faculta a promover. Quiere ello decir que si la sociedad, en uso de facultades que le son propias, conforme al derecho acordado por el art. 37 citado, optó por la exclusión, la

Dicha situación genera las siguientes consecuencias:

1) la posibilidad de exigir el cumplimiento del aporte más los daños y perjuicios resultantes de la mora[13], o

2) la posibilidad de excluir al socio moroso sin más (art. 37, LS). No es necesario para que esto ocurra que el incumplimiento sea total, alcanza con que el mismo sea defectuoso o parcial.

En materia de las SA, la sanción es la suspensión automática de los derechos inherentes a las acciones en mora (art. 192, LS), medida razonable ya que, por ejemplo, quien no entregó los bienes prometidos, mal puede exigir que le sean pagados los beneficios sociales.

Pero eso no es todo. El estatuto de la SA puede establecer que los derechos de suscripción correspondientes a las acciones en mora sean vendidos en remate público —o por medio de un agente de Bolsa si se tratara de acciones cotizables—, siendo a cuenta del deudor moroso los gastos que ello origine y los intereses moratorios, sin perjuicio de su responsabilidad por los daños.

También podrá establecerse la caducidad de sus derechos. En este caso, la sanción producirá sus efectos previa intimación a integrar en un plazo no mayor de 30 días, con pérdida de las sumas abonadas.

Esto es así *por cuanto la resolución parcial es incompatible con estos tipos de sociedades por la naturaleza circulatoria de la participación social y por la circunstancia de que en éstas no se repara en la persona del socio, sino en el capital que aporta*[14].

4.4. Bienes aportables

Los aportes en las SA pueden consistir sólo en obligaciones de dar bienes determinados y susceptibles de ejecución forzada (art. 39, LS). Se prohíbe el

---

promoción de la demanda resulta innecesaria (CNCom., sala A, 15/10/1981, "Constructora Atlántida SRL v. Mizrahi, Moisés", ED, 97-366.

(13) Por ejemplo, en el caso de la quiebra de una SA, la Cámara Comercial ordenó la integración del total del capital suscripto, alcanzando para el reconocimiento del crédito societario la acreditación de la mora de los socios. "Corresponde confirmar el decisorio apelado, que hizo lugar a la pretensión de cobro de aportes promovido por la sindicatura contra los socios de la fallida, pues en el contrato social consta la integración de solamente el 25 % del capital suscripto, circunstancia que fue puesta de manifiesto por el síndico al presentar el informe general previsto en el art. 39 de LCQ, que no fue observado, resultando suficiente tal circunstancia para tener por acreditada la existencia de la mora de los socios en la integración de los aportes suscriptos, con el alcance exigido por el art. 150 de la LCQ" (CNCom., sala B, 9/5/2007, IJ-XVI-684).

(14) NISSEN, RICARDO A., *Ley de Sociedades Comerciales*, Ábaco, Buenos Aires, 1982, p. 168.

aporte de obligaciones de hacer, ya que no ofrecen garantías a los terceros y acreedores de la sociedad, pues no son susceptibles de ejecución.

Vale recordar que en las SA se limita la responsabilidad del socio exclusivamente al aporte efectuado.

Asimismo el art. 45, LS, establece la presunción de que los bienes que se entregan a la sociedad han sido entregados en carácter de pleno dominio, salvo disposición contraria en el contrato.

Para poder aportar una cosa o bien, a una sociedad, es necesario que el socio aportante tenga esa cosa o bien dentro su patrimonio por causa de algún derecho real, o tenga la disponibilidad de esa cosa o bien por causa de algún derecho personal respecto del titular del derecho real que recae sobre esa cosa o bien[15].

La última parte del art. 38, LS, menciona que en el caso de que el bien aportado sea registrable, se lo deberá hacer preventivamente a nombre de la sociedad en formación. Con esta medida se busca apartar dicho bien de la acción del acreedor particular del socio que lo aporta. Sin embargo, y atento a que el art. 38, LS, no prevé un plazo de duración de la inscripción preventiva, *ella podría convertirse en un eficaz medio de sustracción de un bien del patrimonio particular del deudor a los efectos de evitar su ejecución*[16].

4.5. Aporte de derechos y créditos

Los arts. 40 y 41, LS, admiten la posibilidad de aportar derechos y créditos, siempre y cuando se cumplan tres requisitos:

a) Que sean instrumentados haciéndose constar la cesión en la forma permitida por la ley;

b) Que se refieran a bienes susceptibles de ser aportados, y

c) Que no sean litigiosos.

Un caso de aporte de derechos puede ser el referido a una determinada marca de fábrica, a una patente, derechos intelectuales, a una concesión, a una licencia, etcétera.

En cuanto al aporte de créditos, la sociedad es cesionaria por la sola constancia del contrato social (art. 41, LS), pero esos efectos no son oponibles a terceros hasta tanto se inscriba en el Registro Público de Comercio el contrato social.

---

(15) CCom., 11/8/1992, "Raho Laura v. Altamura A. s/inc. de nulidad de contrato", Dres. Alberti, Rotman, Cuarteo.

(16) Nissen, Ricardo A., ob. cit., p. 172.

El aportante responde personalmente, con todo su patrimonio, por la existencia y legitimidad del crédito, pero no de la solvencia del deudor. Si el crédito no puede ser cobrado a su vencimiento, la obligación del socio se convierte en la de aportar la suma de dinero adeudada, lo que deberá cumplirse en el término de 30 días.

4.6. Aporte de títulos y valores

Se pueden aportar títulos valores cotizables en bolsa (art. 42, LS) por un monto que no exceda el de la cotización al momento de realizarse la integración.

Si no son cotizables, o siéndolo no han sido cotizados en un lapso de tres meses, se valorarán de la forma prevista en el contrato social o, en su defecto, según los precios de plaza o por uno o más peritos que designará el juez de la inscripción (art. 51, LS).

4.7. Aporte de bienes gravados

Pueden aportarse bienes gravados previa deducción del monto correspondiente al gravamen (art. 43, LS).

4.8. Aporte de fondo de comercio

El art. 44, LS, autoriza el aporte de fondos de comercio, exigiendo la confección de inventario y valuación del mismo, con las disposiciones legales que rijan su transferencia, a efectos de valuar el aporte debiéndose cumplir con lo establecido por la ley 11.687, que tiene como doble objetivo proteger a los acreedores del socio aportante, que pueden, con la venta de su establecimiento, quedarse sin garantía alguna para el cobro de sus créditos, y a liberar a la sociedad por las obligaciones de su antecesor.

Se debe hacer su inscripción previa a nombre de la sociedad, antes de autorizar su registración.

4.9. Aportes en especie. Valuación de los aportes

En las SA la valuación de los aportes en especie debe ser aprobada por la autoridad de contralor (art. 53, LS).

Para practicar la misma deberá tenerse en cuenta:

1) el valor de plaza, cuando se tratare de bienes con valor corriente y

2) la valuación pericial, cuando a juicio de la autoridad de contralor no pueda ser reemplazada por informes de reparticiones estatales o bancos oficiales.

El último párrafo del art. 53, LS, admite la infravaluación de los bienes no dinerarios. En caso de que la valuación arrojara un valor menor, el socio aportante deberá integrar la diferencia, si los socios que posean las tres cuartes partes del capital —no computando el del interesado— no aceptan la reducción de su aporte.

Para concluir, resta expresar que la valuación puede ser impugnada, mediante el recurso previsto por el art. 169, LS.

4.10. Prestaciones accesorias

Las prestaciones accesorias son obligaciones hacia la sociedad que figuran en el estatuto y pueden ser brindadas por todos o algunos de los socios, pero que *no constituyen aportes de capital ni están sometidas a sus reglas*.

El art. 50, LS, establece una serie de exigencias que conviene destacar:

1) Tienen que resultar del contrato; se precisará su contenido, duración, modalidad, retribución y sanciones en caso de incumplimiento;

2) Si no resultaren del contrato se considerarán obligaciones de terceros;

3) Deben ser claramente diferenciadas de los aportes;

4) No pueden ser en dinero;

5) Sólo pueden modificarse de acuerdo con lo convenido o, en su defecto, con la conformidad de los obligados y de la mayoría requerida para la reforma del contrato.

Cuando estas prestaciones sean conexas a acciones, deberán ser nominativas y se requerirá la conformidad del directorio.

5. Aumento del capital

El capital social, si bien es un número fijo establecido en el estatuto social que los socios han suscripto y deben integrar, puede variar, ya sea aumentando —en el caso de que la sociedad decida emitir nuevas acciones— o reduciéndose.

Cualquiera de las dos opciones deben ser aprobadas por la asamblea, registradas y publicadas en el Boletín Oficial

El estatuto puede prever el aumento del capital social hasta su quíntuplo sin requerir conformidad administrativa alguna. La sociedad puede aumentar así su propio capital hasta ese límite —y realizar nuevas emisiones de acciones— con solo decidirlo sus propios socios.

La asamblea, aprobado el aumento de capital, podrá delegar en el directorio la época de la emisión, forma y condiciones de pago.

La resolución de la asamblea se publicará e inscribirá.

Este límite (el del quíntuplo) no es aplicable a las sociedades anónimas autorizadas a hacer oferta pública de sus acciones. En estos casos, la asamblea puede aumentar el capital social sin límite alguno ni necesidad de modificar el estatuto.

El directorio podrá efectuar la emisión por delegación de la asamblea, en una o más veces, dentro de los 2 años a contar desde la fecha de su celebración.

Para poder aumentar el capital, y emitir por consiguiente nuevas acciones, es requisito indispensable que se encuentren suscriptas completamente todas las emisiones de acciones anteriores (art. 190, LS).

La falta de suscripción del 100 % de las nuevas acciones emitidas, no libera de las obligaciones asumidas a quienes suscribieron parte de ellas, salvo disposición en contrario de las condiciones de emisión.

De ocurrir esto, si bien no se alcanzaría el objetivo social en cuanto al aumento de capital propuesto, se generaría una variación en los porcentajes accionarios de los socios, ya que algunos de ellos, al suscribir nuevo capital aumentarían su participación societaria.

El aumento también puede hacerse mediante oferta pública de acciones —para el caso de las SA que coticen en Bolsa—, lo que constituye una manera más económica de financiación societaria.

En el caso de utilizar ese medio, la emisión deberá hacerse respetando el régimen establecido para la de oferta pública, siendo nula en caso de violación al mismo, e inoponibles a la sociedad, socios y terceros los títulos o certificados emitidos en consecuencia.

En estos casos, los directores, miembros del consejo de vigilancia y síndicos son solidaria e ilimitadamente responsables por los daños que se originaren a la sociedad y a los accionistas por las emisiones hechas en violación del régimen de la oferta pública.

El suscriptor podrá demandar la nulidad de la suscripción y exigir solidariamente a la sociedad, los directores, miembros del consejo de vigilancia y síndicos el resarcimiento de los daños.

Toda modificación relativa al capital social debe ser comunicada a la autoridad de contralor y al Registro Público de Comercio, a los efectos de su registro.

5.1. Capitalización de reservas y otras situaciones

Una de las maneras de aumentar el capital es mediante la *capitalización de reservas* o de otros fondos especiales que posea la sociedad y se encuen-

tren inscriptos en el respectivo balance. En estos casos, debe respetarse la proporción de cada accionista en el aumento de capital.

Aquí la sociedad ya contaba con ese dinero o bienes en su poder y en lugar de devolverlo —por ejemplo, en el caso de un préstamo— o repartirlo entre los socios, emite nuevas acciones a los fines de capitalizar esa suma.

5.2. Emisión bajo la par y con prima

Las acciones pueden tener un valor "nominativo" y uno "real". El valor nominativo es el que aparece reflejado en el mismo título y que es representación del capital social.

El valor "real" es el de compra y venta de las acciones en el mercado, que puede diferir o no del nominativo.

Lo que la ley prohíbe es la emisión de títulos por un valor "nominal" mayor al que van a ser vendidos realmente. Eso afectaría seriamente la intangibilidad del capital social, ya que éste figuraría con un monto determinado, pero los ingresos que recibiría la sociedad serían menores a ese número.

La "emisión bajo la par" significa emisión de acciones que se van a negociar por debajo de su valor nominal (por ejemplo, ofrezco a $ 0.75 acciones de valor nominal $ 1).

Ese tipo de emisión es nula, salvo en los supuestos de que la sociedad cotice en bolsa y las suscripciones sean a integrar en dinero en efectivo.

Por el contrario, no hay problema en emitir acciones con prima. La prima por emisión es un *sobreprecio* del valor nominal de la acción que paga el suscriptor de acciones de una sociedad que cotizan sobre la par.

Esa prima (sobreprecio) debe ser fijada por la asamblea extraordinaria, conservando la igualdad en cada emisión.

En las sociedades autorizadas para hacer oferta pública de sus acciones, la decisión será adoptada por asamblea ordinaria la que podrá delegar en el directorio la facultad de fijar la prima, dentro de los límites que deberá establecer.

El saldo que arroje el importe de la prima, descontados los gastos de emisión, integra una reserva especial y es distribuible con los requisitos de los arts. 203 y 204, LS.

5.3. Reducción de capital voluntario y forzoso

Así como la sociedad puede aumentar su capital, también puede reducirlo voluntariamente si lo deciden sus socios en asamblea extraordinaria (art. 203, LS). La asamblea debe contar con informe fundado del síndico.

La decisión respecto a la reducción voluntaria da a los acreedores societarios el derecho a oponerse a la misma dentro de los 15 días desde la última publicación del aviso en el que la sociedad advierte de esa reducción.

Las oposiciones no impiden reducción del capital, pero los oponentes, que no fueren desinteresados o debidamente garantizados, podrán obtener embargo judicial.

Esta disposición no regirá cuando se opere por amortización de acciones integradas, las cuales salen de circulación, y se realice con ganancias o reservas libres, ya que ello no afectaría al capital social y por consiguiente a la garantía de cobro de los acreedores.

El art. 205, LS, prevé el caso de reducción del capital por pérdidas. Esto ocurre cuando se hace necesario recomponer el equilibrio entre el capital social y el patrimonio social por pérdidas ocasionadas en la sociedad.

Cuando las pérdidas insumen las reservas y el 50 % del capital social se debe reducir el mismo obligatoriamente.

El propósito de la ley es que el capital social no sea un número vacío, sino que cuente con el respaldo real del patrimonio social. Si ese respaldo no existe, el capital debe disminuirse, ya que de lo contrario se generaría una información fraudulenta respecto de los acreedores.

6. Acciones: concepto. La acción como título valor

Las acciones son títulos valores que representan el capital social. No son el capital social, ni parte de él.

La Comisión Nacional de Valores (CNV) las define como los "...valores negociables de renta variable que representan la fracción o parte alícuota mediante la cual una persona física o jurídica participa en el capital social de una sociedad anónima o sociedad comercial por acciones. Dicha participación se ve reflejada en un valor que otorga a su tenedor la calidad de accionista y conlleva a un conjunto de relaciones jurídicas entre éste y la sociedad..." (17).

Es así que podemos analizar la acción bajo tres puntos de vista diferentes: 1) como representación de capital; 2) como expresión de la calidad de socio —ya que todos los accionistas son socios—, y 3) como título valor de renta variable.

Las acciones de una SA deberán ser siempre de igual valor y su valor —nominal— será expresado en moneda argentina.

---

(17) *http://www.cnv.gob.ar/educacionBursatil/activofinanciero.asp?Lang=0#Item100.*

Sin embargo, a pesar de ello, pueden existir diferentes clases de acciones que otorguen a sus tenedores diferentes clases de derechos y beneficios. Ello debe estar especificado claramente en el Estatuto societario.

Dentro de cada clase se conferirán los mismos derechos. Es nula toda disposición en contrario.

6.1. Nominatividad accionaria: efectos

La LS en su art. 208 establece que los títulos que la sociedad otorgue "pueden representar una o más acciones". Vale distinguir entre el título que se entrega y las acciones en sí.

Como se explicó en el punto anterior, las acciones deben tener el mismo valor y las de la misma clase deben tener los mismos derechos. Pero ello no implica que en el título en el cual consten pueda variar la *cantidad* de acciones representadas. Ello por una cuestión de practicidad, ya que otorgar sólo un título por acción podría en ciertas ocasiones resultar engorroso, lo que atentaría contra el buen desempeño societario.

Asimismo el art. 208, LS, agrega que las acciones "...pueden ser al portador o nominativos; en este último caso, endosables o no....".

Recordemos que estamos hablando de sociedades *anónimas*, donde el "anonimato" se refiere no a la sociedad, sino a quienes la integran, es decir, los socios.

Las acciones al *portador*, como título, tienen mucha lógica práctica, ya que eso facilita la transmisión de las mismas con la sola tradición (entrega) del documento. Quien exhiba la acción será el socio y podrá participar de los beneficios societarios.

Sin embargo, esta práctica colisiona muchas veces con el interés de control y el pago de impuestos (a la transmisión de acciones o bienes personales) por lo cual, con la modificación prevista en la Ley de Nominatividad de los Títulos Valores Privados(18), las acciones *al portador* ya no son más posibles, debiendo ser estos títulos exclusivamente *nominativos no endosables*(19).

---

(18) Ley 24.587, promulgada el 21/11/1995.

(19) "Conforme lo dispuesto por el art. 6 de la Ley Nº 24.587, las denominadas acciones 'a la orden' —es decir, que aquellas que siendo nominativas son trasmisibles por endoso—, se convierten de pleno derecho en acciones nominativas no endosables. Para las acciones 'al portador', es indispensable recurrir al procedimiento de conversión correspondiente, a través de un mecanismo en el que deben participar el accionista y la sociedad. El no cumplimiento de este procedimiento implica que 'los títulos valores privados al portador que no hayan sido presentados para su convención no podrán, transmitirse, gravarse ni posibilitarán ejercer los derechos inherentes a los mismos'. Por último, por aplicación del art. 8°, estas normas no rigen respecto de títulos valores que coticen en bolsa"

Es así que la ley 24.587 establece en su art. 1°: "...los títulos valores privados emitidos en el país y los certificados provisionales que los representen deben ser nominativos no endosables. También podrán emitirse acciones escriturales conforme a las prescripciones de la ley 19.550 de sociedades comerciales y sus modificaciones...".

La transmisión de esos títulos valores privados y los derechos reales que recaigan sobre los mismos deben constar en el título, si existe, inscribirse en el registro que debe llevarse en la sociedad a esos fines y notificarse al emisor (entidad financiera o bursátil). Producen efectos frente al emisor y terceros desde la fecha de la inscripción.

Si los títulos fueran emitidos *al portador* en el extranjero y autorizados a ser ofrecidos públicamente en el país, deberán ser depositados en una entidad financiera, la que entregará en cambio certificados nominativos intransferibles representativos de aquéllos, transformándolos en nominativos de esa manera.

Cuando las sociedades hagan oferta pública de sus acciones, podrán emitir "certificados globales" de sus acciones integradas.

Es así que el socio ni siquiera tendrá en su poder el título físico de la acción. Poseerá sólo un certificado en el que quedará registrada la cantidad de acciones adquiridas. Esos certificados se considerarán definitivos, negociables y divisibles.

Asimismo, mientras que no estén integradas totalmente, sólo pueden emitirse *certificados provisionales nominativos.*

Una vez cumplida al 100% la integración, los interesados pueden exigir la inscripción en las cuentas de las acciones escriturales o la entrega de los títulos definitivos. Hasta tanto se cumpla con esta entrega, el certificado provisorio será considerado definitivo, negociable y divisible.

Aquí es importante remarcar que el estatuto puede autorizar que todas las acciones o algunas de sus clases no se representen en títulos físicos (*acciones cartulares*), sino que su emisión sea hecha de forma *escritural.*

Esto no quiere decir que se hacen mediante escritura pública, sino que se encuentran "escritas" o registradas en la sociedad. No están representadas en títulos cartulares y la calidad de accionista se presume por las constancias de las cuentas abiertas en el registro de acciones escriturales que lleva la sociedad.

En tal caso, deben inscribirse en cuentas llevadas a nombre de sus titulares por la sociedad emisora en un registro de acciones escriturales al

---

(MIQUEL, SILVINA - COLL, OSVALDO W., "La legitimación del tenedor de acciones al portador", Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 31/10/2008).

que se aplica el art. 213, LS, en lo pertinente, o por bancos comerciales o de inversión, o cajas de valores autorizados.

En todos los casos, la sociedad es responsable ante los accionistas por los errores o irregularidades de las cuentas, sin perjuicio de la responsabilidad del banco o caja de valores ante la sociedad, en su caso.

La sociedad, la entidad bancaria o la caja de valores deben otorgar al accionista *comprobante de la apertura de su cuenta y de todo movimiento que inscriban en ella*. Todo accionista tiene, además, derecho a que se le entregue, en todo tiempo, constancia del saldo de su cuenta.

6.2. Indivisiblidad

Las acciones son indivisibles. Pero ello no quiere decir que *una acción* no pueda tener dos o más propietarios. Si ello ocurriera, se aplicarían las reglas del condominio.

En ese caso, la sociedad puede exigir la unificación de la representación para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones sociales.

6.3. Formalidades. Menciones esenciales

Los títulos por los cuales se emitan las acciones son formales.

Si bien el art. 211 de la LS establece que en el estatuto social constarán las formalidades de las acciones y de los certificados globales, hay elementos esenciales que estos documentos deben tener, tales como: a) La denominación de la sociedad, su domicilio, fecha y lugar de constitución, duración e inscripción; b) El capital social, y c) El número, valor nominal y clase de acciones que representa el título y derechos que comporta.

Si fueran certificados provisionales debe figurar la anotación de las integraciones que se efectúen. Las variaciones de las menciones precedentes, excepto las relativas al capital, se harán constar en los títulos.

A su vez los títulos que las representen y las acciones serán numerados y la numeración será correlativa

Deben ser suscriptas con firma autógrafa por no menos de un director y un síndico (en caso de existir éste).

En la práctica es muy difícil observar títulos de acciones con firma autógrafa de un director. Generalmente, éstos ya son documentos impresos. Para emitirlos de esta manera, se debe solicitar autorización a la autoridad de contralor, quien podrá permitir su reemplazo por impresión que garantice la autenticidad de los títulos. La sociedad inscribirá en su legajo un facsímil de éstos.

Los títulos de las acciones pueden también poseer cupones, que se retiran del título principal al ejercer un derecho o beneficio. Generalmente se refieren a acciones amortizables.

El art. 4° de la ley 24.587 autoriza a los títulos valores privados nominativos no endosables a llevar cupones al portador, los que deberán contener la numeración del título valor al que pertenecen.

Se presume, sin admitir prueba en contrario, que los cupones pertenecen a la persona a cuyo nombre está inscripto el título valor respectivo. Esta presunción rige a todos los efectos, salvo en el caso en que el portador de cupones que dan derecho a la suscripción de nuevas acciones, requiera que estas últimas sean emitidas directamente a su nombre.

Los cupones pueden ser al portador aun en las acciones nominativas. Esta disposición es aplicable a los certificados.

6.4. Transmisibilidad

El concepto de inversión y negocio de las sociedades anónimas hace indispensable que las transmisibilidad de las acciones sea algo ágil y sencillo.

Tomando este concepto es que la LS, en su art. 214, establece que, en principio, *la transmisión de las acciones es libre*.

Decimos "en principio" ya que el estatuto social puede limitar, *pero no prohibir* la transferencia de las mismas.

Son válidas las restricciones a la transferencia de las acciones creadas por la libertad en las convenciones, que no afecten las normas imperativas que regulan la tipicidad en la estructuración de las sociedades anónimas. Es posible la restricción que limita transferencia a determinada calidad de accionista que no resulte discriminatorio, como son los requisitos de títulos profesionales conexos a determinados objetos societarios.

También se admiten cláusulas que restrinjan la autorización a la decisión orgánica del directorio o asamblea de la sociedad. A estas cláusulas se debe agregar una causal de derecho de receso, para que el accionista que se vea impedido de transferir tenga una compensación económica por parte de la sociedad que le permita retirar su porción patrimonial en ella. Inclusive se podría condicionar el poder de disposición de las acciones por un período de tiempo.

Las restricciones que se refieren a establecer un derecho de compra preferente, por parte de los restantes socios, son las más usuales, y se pueden pactar tanto para las transmisiones por actos entre vivos como las que se realizan *mortis causa* [20].

(20) ACQUARONE, MARÍA T., "Restricciones a la transmisibilidad de las acciones", *Revista del Notariado*, 15/12/2008.

La limitación deberá constar en el título o en las inscripciones en cuenta, sus comprobantes y estados respectivos.

Es importante remarcar que la limitación no puede ser de imposible cumplimiento, ya que en ese caso sería nula porque implicaría una prohibición a la transferencia[(21)].

La transmisión de las acciones nominativas o escriturales y de los derechos que las graven debe notificarse por escrito a la sociedad emisora o entidad que lleve el registro e inscribirse en el libro o cuenta pertinente.

A partir de la inscripción, es que la transmisión tiene efecto respecto de la sociedad y los terceros.

En el caso de acciones escriturales, la sociedad emisora, o entidad que lleve el registro, debe avisar al titular de la cuenta en que se efectúe un débito por transmisión de acciones dentro de los diez días de haberse inscripto, en el domicilio que se haya constituido.

En las sociedades sujetas al régimen de la oferta pública, la autoridad de contralor podrá reglamentar otros medios de información a los socios.

En el caso de que quien transmita las acciones (cedente) no haya completado la integración de las mismas, continúa siendo responsable frente a la sociedad de forma ilimitada y solidaria por los pagos debidos por los cesionarios.

6.5. Clasificación de las acciones desde el punto de vista de los derechos políticos y económicos que confieren. Libro de registro de acciones

Existen diferentes tipos de acciones, clasificadas según los derechos que cada de una ellas otorgue.

Es así que podríamos calificarlas en 1) ordinarias; 2) privilegiadas (voto plural), y 3) preferidas (con preferencia patrimonial).

Las ordinarias son las acciones comunes. Las que por cada acción dan derecho a un voto.

---

(21) La Inspección General de Justicia (en adelante IGJ), mediante res. 395/2005, sostiene la validez de las cláusulas limitativas a la transmisibilidad de las acciones y establece como única exigencia: "...que no queden al mero arbitrio de los órganos sociales, los cuales deben suministrar las razones fundadas en las cuales se base la denegatoria. Esta razonable motivación, es la forma de evitar que en la práctica se llegue a prohibir la transferencia, debiendo regularse las motivaciones que el directorio entiende necesarias para imposibilitar la transferencia de acciones" (Sánchez Abraham, Adolfo, *Cláusulas estatutarias limitativas de la transferencia de acciones en las SA*, IJ Editores, Argentina, 7/6/2010, cita: IJ-XXXVIII-610).

Las privilegiadas o de voto plural son acciones ordinarias a las cuales el Estatuto les reconoce la posibilidad de contar hasta cinco votos por acción. Este privilegio en el voto es incompatible con preferencias patrimoniales.

No pueden emitirse acciones de voto privilegiado después de que la sociedad haya sido autorizada a hacer oferta pública de sus acciones, ya que de permitirse ello, se estaría generando una incertidumbre en el mercado que afectaría la transmisión de dichos títulos frente a la posibilidad de afectar a futuros derechos de quienes ya hayan adquirido las acciones bajo condiciones determinadas.

El ejercicio del voto plural tiene sólo dos limitaciones: 1) en los casos de la transformación, prórroga o disolución anticipada de la sociedad, de la transferencia del domicilio al extranjero, del cambio fundamental del objeto y de la reintegración total o parcial del capital, las resoluciones se adoptarán por el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de votos (art. 244, LS) y 2) para la elección y remoción del síndico cada acción tendrá derecho a un solo voto (art. 284, LS).

Las acciones preferidas (de preferencia patrimonial) pueden tener voto o no. De tenerlo, sólo podrá ser uno por acción y nunca más de ello.

Si carecen de voto, pueden recuperarlo en los casos previstos en el cuarto párrafo del art. 244, sin perjuicio de su derecho de asistir a las asambleas con voz.

También adquirirán la posibilidad de votar en las siguientes situaciones:

1) Al analizar la reducción del valor de un aporte en especie (previsto en el art. 53, *in fine*, LS);

2) Si cotizaren en bolsa y se suspendiere o retirare dicha cotización por cualquier causa, mientras subsista esta situación, y

3) Durante el tiempo en que se encuentren en mora en recibir los beneficios que constituyen su preferencia.

6.6. Usufructo de acciones. Prenda

Las acciones pueden ser entregadas en usufructo. El usufructo es el derecho por el cual se entrega el uso y goce de la cosa, pero no la propiedad.

Es así que los usufructuarios tienen la administración pero no la disposición de los bienes, pudiendo obtener los frutos pero no el producto de ese bien.

El usufructuario no adquiere la calidad de socio, ya que ella corresponde al nudo propietario.

Tiene derecho a percibir las ganancias obtenidas durante el período en que el usufructo se establece. No alcanza ello a las ganancias pasadas a re-

serva o capitalizadas, pero comprende las correspondientes a las acciones entregadas por la capitalización.

El dividendo se percibirá por el tenedor del título en el momento del pago; si hubiere distintos usufructuarios, se distribuirá a prorrata de la duración de sus derechos.

El usufructo alcanza sólo a algunos derechos patrimoniales. El ejercicio de los demás derechos derivados de la calidad de socio —políticos, de voto, de voz, de control etc.—, inclusive la participación de los resultados de la liquidación, corresponde al nudo propietario (es decir al socio), salvo pacto en contrario(22).

Si las acciones no estuvieren completamente integradas, el usufructuario, para conservar sus derechos, debe efectuar los pagos que correspondan, sin perjuicio de repetirlos posteriormente del nudo propietario.

Asimismo, las acciones, al formar parte del patrimonio de los socios, son prenda común de los acreedores de éstos (no de los de la sociedad).

Por tanto, el acreedor de un socio podría requerir la constitución de prenda o de embargo judicial sobre los derechos que corresponden al propietario de las acciones.

De este modo, el art. 215, LS, estipula como único requisito para el caso de acciones que sean prendadas, que dicho extremo sea notificado mediante comunicación por escrito a la sociedad emisora o entidad que lleve el registro, a los fines de su inscripción en el libro correspondiente o registro. Abunda dicho artículo, al indicar que surte efectos contra la sociedad y los terceros desde esa inscripción. ¿Cómo ignorar entonces, que no hace a la constitución de la prenda la entrega del título? Pues la entrega del título no resulta un requisito inexcusable para la constitución del derecho, resultando en contrapartida requisito esencial para la ley 19.550 la registración en el libro de accionistas(23).

En ese caso, quien embarga está obligado a facilitar el ejercicio de los derechos del propietario (socio) mediante el depósito de las acciones o por otro procedimiento que garantice sus derechos, quedando a cargo del socio los gastos que ello origine.

6.7. Adquisición de acciones por la sociedad

Las SA tienen prohibido adquirir sus propias acciones, ya que no puede ser ella socia de sí misma, ni tampoco destinar su patrimonio a la adquisi-

---

(22) "Cabe remarcar la utilidad práctica y la vigencia que tiene, en la actualidad, esta figura en materia de planificación sucesoria en las denominadas sociedades cerradas de familia" (Street, Guillermo A., "Usufructo de acciones. El ejercicio de los derechos políticos por el usufructuario", *Revista Argentina de Derecho Societario*, 20/11/2014).

(23) Martínez Costa, Alberto, "Prenda de acciones", *Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios*, 28/2/2013.

ción de éstas. De hacerlo, estaría utilizando fondos sociales con un destino que no le está permitido, lo que acarrearía la correspondiente responsabilidad a sus directores.

Sin perjuicio de ello, hay unos pocos casos específicos previstos en la LS en los que la sociedad podría adquirir sus propias acciones, con el fin de cancelarlas o de colocarlas nuevamente en el mercado a corto plazo.

Es así que el art. 220, LS, establece que la sociedad puede adquirir acciones que emitió, sólo en tres casos:

1) Para cancelarlas y previo acuerdo de reducción del capital. Aquí la sociedad que voluntaria o forzosamente redujo su capital se ve obligada –como consecuencia de la reducción del capital social– a reducir el número de acciones, debiendo correr con el costo de la adquisición de las mismas, al solo efecto de ajustar el capital social al número de acciones;

2) Excepcionalmente, con ganancias realizadas y líquidas o reservas libres, cuando estuvieren completamente integradas y para evitar un daño grave, lo que será justificado en la próxima asamblea ordinaria.

Esto podría darse en el caso de una caída injustificada del valor de la acción en el mercado de valores. En esa circunstancia, la sociedad, para seguir evitando una baja que podría llevarla a la disolución o a la adquisición de su paquete accionario por terceros a un precio vil, estaría habilitada a adquirir sus propias acciones.

3) Por integrar el haber de un establecimiento que adquiere o de una sociedad que incorpore.

Aquí se da el caso de *adquisición indirecta*, ya que no es el objetivo de la sociedad comprar sus propias acciones, sino que se da como consecuencia de una operación de la misma, por ejemplo, en el caso de una fusión con una que posee acciones de ésta.

Las acciones adquiridas en los casos previstos en los supuestos 2 y 3 deben ser enajenadas dentro del término de 1 año; salvo prórroga por la asamblea, aplicándose el derecho de preferencia previsto en el art. 194, LS, respecto de los socios.

Mientras las acciones permanezcan en poder de la sociedad quedarán suspendidos sus derechos y no se computarán para la determinación del *quorum* ni de la mayoría.

Recuperarán sus derechos al ser adquiridas por terceros.

Las acciones de la sociedad tampoco pueden serle entregadas a ésta en garantía, algo que resulta lógico, ya que sería asegurar las obligaciones de un tercero con bienes propios (art. 222, LS).

La sociedad puede autorizar la amortización total o parcial de acciones integradas[24] si el estatuto lo prevé, con ganancias realizadas y líquidas cuando que haya decisión previa de la asamblea que fije el justo precio y asegure la igualdad de los accionistas.

Se podrán determinar las acciones a amortizar por sorteo. De ser así, se practicará ante la autoridad de contralor o escribano de registro, publicándose su resultado e inscribiéndose en los registros.

Si las acciones son amortizadas parcialmente, se asentará en los títulos o en las cuentas de acciones escriturales.

Si la amortización es total, se anularán, reemplazándose por bonos de goce o inscripciones en cuenta con el mismo efecto.

6.8. Dividendos anticipados

La distribución de dividendos sociales solamente es legal si los mismos resultan de ganancias realizadas y líquidas correspondientes a un balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado, cosa que normalmente ocurre al cierre del ejercicio social, es decir, una vez al año.

Sin embargo, la LS prevé en el art. 224 la posibilidad de pagar dividendos anticipadamente, algo que los socios siempre ven con buenos ojos.

Las únicas sociedades a las cuales les está permitido repartir dividendos anticipados son las comprendidas en el art. 299, LS.

Para ello, deberán confeccionar un balance especial en el que se determinarán las futuras ganancias del ejercicio, se calcularán las mismas hasta la fecha y se determinará la cantidad de dividendos a distribuir. Esto debe ser aprobado por los socios en asamblea extraordinaria.

Resulta interesante observar que la LS pone en cabeza de los directores, los miembros del consejo de vigilancia y síndicos la responsabilidad (ilimitada y solidaria) por tales pagos y distribuciones, siendo que son los socios quienes se favorecen con el reparto.

Los socios sólo repetirán estos dividendos si los hubieran percibido de mala fe[25]. Esto parece cómo mínimo injusto, ya que alienta a los socios a presionar a los directores al reparto anticipado de dividendos, porque la responsabilidad principal es de ellos y no de los socios.

6.9. Libro de Registro de Acciones

Las sociedades deben llevar registro de las acciones que fueron emitidas por la misma, aclarando el tipo, clase, monto, beneficios que ellas posean.

---

(24) Art. 223, LS.
(25) Art. 225, LS.

Ello se asentará en el “Libro de Registro de Acciones”[26], que deberá contar con las formalidades previstas para los libros de comercio.

Dicho registro será de libre consulta por los accionistas y contendrá la siguiente información:

a) Clases de acciones, derechos y obligaciones que comporten;

b) Estado de integración, con indicación del nombre del suscriptor;

c) Las sucesivas transferencias con detalle de fechas e individualización de los adquirentes;

d) Los derechos reales que gravan las acciones nominativas;

e) La conversión de los títulos, con los datos que correspondan a los nuevos;

f) Cualquier otra mención que derive de la situación jurídica de las acciones y de sus modificaciones.

7. Bonos de goce y de participación: concepto

La sociedad puede emitir títulos valores que no sean acciones. Más concretamente, puede emitir bonos, *debentures* y obligaciones negociables.

Estos títulos no dan a sus tenedores la calidad de socios —cosa que sí hacen las acciones—, sólo les otorgan los derechos patrimoniales determinados en el título y en algún caso el derecho a voz.

Los bonos pueden ser de *goce* y de *participación*. Su emisión debe estar reglamentada en el Estatuto social[27], de acuerdo con las normas de emisión de los correspondientes títulos, bajo sanción de nulidad.

Los bonos de goce se emitirán a favor de los titulares de acciones totalmente amortizadas.

Éstos fueron en algún momento socios y por la amortización de sus acciones han dejado de serlo.

Sin embargo, los bonos de goce les dan derecho a participar en las ganancias y, en caso de disolución, en el producido de la liquidación, después de reembolsado el valor nominal de las acciones no amortizadas.

Además tendrán los derechos que el estatuto les reconozca expresamente.

Diferente es la situación de los bonos de participación que se emiten por prestaciones que no son aportes de capital. Éstos sólo dan derecho a participar en las ganancias de ejercicio sin otorgar ningún otro derecho[28].

---

(26) Art. 213, LS.
(27) Art. 227, LS.
(28) Art. 229, LS.

Los bonos de participación para el personal son aquellos que pueden ser entregados a los empleados de la sociedad y que los hacen acreedores de una parte de las ganancias. Lo que se busca aquí es que quienes trabajen en una sociedad determinada vean recompensados sus mayores esfuerzos laborales con este reconocimiento.

La parte que les corresponda no se computará como dividendos, sino que lo será como gasto.

Estos bonos son intransferibles (sólo son para empleados) y caducan con la extinción de la relación laboral, cualquiera que sea la causa(29).

La participación que corresponda a los bonos se hará efectiva contemporáneamente con el dividendo.

La modificación de las condiciones de los bonos requiere la conformidad de los tenedores de la mayoría absoluta de éstos, de la clase respectiva(30), expresada en asamblea convocada por la sociedad al afecto.

No se requiere esa conformidad para la modificación referente al número de bonos cuando se trate de los previstos en los arts. 228 y 230.

7.1. *Debentures*: concepto

Los *debentures* son títulos valores representativos de la deuda que la sociedad emisora se ha obligado a abonar a los tenedores en la forma y condiciones estipulados en el acto de emisión.

Confieren al tenedor del título valor el carácter de acreedor y, consecuentemente, el derecho de percibir los intereses y cuotas de amortización pactados, existan o no utilidades. Al no representar participación en el capital, ni otorgar derechos societarios, se diferencian claramente de las acciones.

La emisión de *debentures* constituye, en la mayoría de los casos, un recurso a mediano o largo plazo que origina para la sociedad emisora la carga de pagar —básicamente— un interés fijo y de amortizar la deuda en los plazos convenidos.

Pueden emitirse con garantía común, flotante o especial y *ser convertibles en acciones* (art. 194, LS), otorgando en ese caso a los accionistas derecho

---

(29) No corresponde la indemnización por daños y perjuicios solicitada por la pérdida de la propiedad de las acciones suscriptas por el demandante en el marco del Programa de Propiedad Participada, resultante de su despido sin causa dispuesto por una empresa estatal privatizada, ya que la pérdida de las acciones no se debió a la conducta culpable de la empleadora, sino al cumplimiento de la condición resolutoria fijada por el Estado en el contrato de venta de acciones (Voto del Dr. Enrique S. Petracchi) (CSJN, 28/2/2006, "Lagorio, Arnaldo S. v. Cía. Transener SA s/daños y perjuicios", IJ-XIII-59).

(30) Art. 232, LS.

preferente a la suscripción tal como los poseen en relación a las acciones, de acuerdo con el programa de emisión y emitirse en moneda extranjera.

Deben contener los requisitos establecidos en el art. 336, LS.

7.2. Obligaciones negociables

Las obligaciones negociables están reguladas por la ley 23.576.

Estos títulos valores buscan obtener inversores que prestan efectivo a la sociedad a cambio de una tasa de interés y se convierten en acreedores de la misma.

Por su parte, la SA se compromete a devolverles el dinero adeudado en el plazo pactado y con el interés correspondiente.

A diferencia de las acciones, las obligaciones negociables son instrumentos de renta fija, ya que tienen un cronograma de pagos predefinido. Llegado el vencimiento de la obligación, la empresa cumple sus compromisos y el obligacionista deja de ser su acreedor.

Existen diversas modalidades de emisión de obligaciones negociables que se adaptan a las circunstancias y necesidades particulares de cada empresa, así como a las exigencias del mercado. Por ello, cuando se emiten obligaciones negociables, la empresa debe tener en cuenta no sólo sus necesidades de fondos sino también los requerimientos de los inversores, según la proporción de riesgo e interés que se demanda en cada momento.

Una vez que los papeles fueron colocados en el mercado, los tenedores de los mismos pueden encontrar una contraparte para venderlos, de acuerdo con el precio que surge de la oferta y demanda del papel en lo que se conoce como el mercado secundario(31).

Las obligaciones negociables pueden ser emitidas por sociedades por acciones, cooperativas, asociaciones civiles constituidas en el país y las sucursales de las sociedades por acciones constituidas en el extranjero, en los términos del art. 118 de la LS.

Pueden emitirse diversas clases, con derechos diferentes, pero dentro de cada clase se otorgarán los mismos. La emisión puede dividirse en series, pero no pueden emitirse nuevas series de la misma clase mientras las anteriores no estén totalmente suscriptas.

Pueden ser emitidos con garantía real, con cláusula de reajuste de capital conforme a pautas objetivas de estabilización, y otorgar un interés fijo o variable.

---

(31) En *http://www.bcba.sba.com.ar/financiarse/negociables.php*.

Es permitida la emisión en moneda extranjera. La suscripción, así como el cumplimiento de los servicios de renta y amortización, cuyos pagos podrán ser efectuados en plazas del exterior, deberán ajustarse en todos los casos a las condiciones de emisión

Las sociedades por acciones pueden emitir obligaciones convertibles, a opción del obligacionista, en acciones de la emisora. En este caso se aplica también el derecho de preferencia de los socios.

El valor de conversión y su reajuste no pueden establecerse o determinarse de modo que la conversión afecte la integridad del valor nominal del capital social.

La emisión de obligaciones negociables no requiere autorización de los estatutos y puede decidirse por asamblea ordinaria.

Si se trata de obligaciones convertibles en acciones, debe ser aprobado por la asamblea extraordinaria, salvo en las sociedades autorizadas a la oferta pública de sus acciones, que pueden decidirla en todos los casos por asamblea ordinaria

Los accionistas que tengan derecho de preferencia y de acrecer en la suscripción de nuevas acciones pueden ejercerlo en la suscripción de obligaciones convertibles(32).

Los accionistas disconformes con la emisión de obligaciones convertibles pueden ejercer el derecho de receso conforme al art. 245 de la misma ley, salvo en las sociedades autorizadas a la oferta pública de sus acciones y en los supuestos del art. 197, inc. 2º de la LS.

La asamblea extraordinaria puede también suprimir el derecho de acrecer y reducir a no menos de 10 días el plazo para ejercer la preferencia, cuando la sociedad celebre un convenio de colocación en firma con un agente intermediario, para su posterior distribución entre el público(33).

En el mismo supuesto, la asamblea extraordinaria puede suprimir el derecho de preferencia, siempre que la resolución se tome con el voto favorable de por lo menos el 50% del capital suscripto con derecho a opción y no existan votos en contra que superen el 5% de dicho capital.

8. Derechos y deberes de los accionistas

8.1. Introducción

Del art. 36 de la LS, surge que los derechos y obligaciones de los socios comienzan desde la fecha fijada en el contrato de sociedad, respondiendo

(32) Art. 11, ley 23.576.
(33) Párrafo sustituido por art. 2º de la ley 24.435, 17/1/1995.

éstos también por los actos anteriores realizados en nombre o por cuenta de la sociedad por quienes hayan tenido hasta entonces su representación y administración, de acuerdo con lo que se dispone para cada tipo social.

Sin perjuicio de ello, los socios pueden estipular en el contrato social el momento en que han de nacer los derechos y obligaciones correspondientes a su carácter de tales (por ejemplo, en el caso de las SA constituidas por suscripción pública) debiendo estar registrado el contrato para que los mismos sean exigibles.

La segunda parte del art. 36 prevé la actuación de la sociedad con anterioridad a su inscripción registral, cumpliendo actos que tienden a la realización del objeto social, extendiendo la responsabilidad *a las obligaciones imputables a la sociedad, contraídas por quienes hasta el momento determinado en el contrato hayan ejercido la representación y administración de la sociedad de conformidad con cada especie social*(34).

8.2. Derechos patrimoniales. Derecho al dividendo y a la cuota de liquidación

Los derechos patrimoniales que se derivan del estatus de socio se limitan a reconocer la facultad de participar en las utilidades y percibir la cuota que pudiera eventualmente corresponder —a los socios— en la liquidación de la sociedad(35).

Podríamos enumerarlos de la siguiente forma:

a) A la partición en las utilidades: *los socios tienen derecho, en primer término a participar de las ganancias*(36). Deben ser realizadas y líquidas, y resultar de un balance regularmente confeccionado y aprobado por el órgano social competente (art. 68, LS).

En las SA podrá haber reparto de dividendos anticipados (art. 224, LS), requiriéndose la confección de un balance especial.

b) A la cuota de liquidación, cuando la sociedad se disuelve a su respecto. Este derecho también se ejerce con relación al socio que se retira (arts. 92, apart. 1°, y 109, LS). Para asegurar este derecho, la ley limita la posibilidad de constitución de reservas que puede prestarse a abusos, especialmente en las SA (art. 70, párr. 3°, LS). También con ese objetivo, se delimita la remuneración de los directores (art. 261, LS).

---

(34) RICHARD, EFRAÍN - ESCUTI, IGNACIO - ROMERO, JOSÉ, *Manual de derecho societario*, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 101.

(35) CNCom., sala E, 4/5/1990, "López Fernández, Adolfo v. Vivero SRL", I, 1990-B, 2174.

(36) MALAGARRIGA, CARLOS C., *Tratado elemental de derecho comercial*, t. I, TEA, Buenos Aires, 1963, p. 228.

8.3. Derechos relativos a la administración y gobierno

Se refieren a la posibilidad que tiene el socio o accionista de participar en el manejo y control de la sociedad, integrando los organismos de gobierno o participando de las deliberaciones y asambleas. Se concretan de modo diferente según el tipo societario.

8.3.1. Derecho de voz y voto

Es un factor incluido dentro de las atribuciones de administración y gobierno, y debe considerarse correlativo al derecho a la información y a la posibilidad que tiene siempre el socio de oponerse a los acuerdos. No puede nunca dejarse sin efecto, pero sí puede ser reglamentado.

8.4. Derecho a la información

Los socios pueden y deben examinar los libros y papeles sociales, recabando del administrador los informes que consideren pertinentes (art. 55, LS). Es importante que conozcan adecuadamente el estado de los negocios sociales y que puedan expedirse con conocimiento cabal en las deliberaciones correspondientes.

La finalidad de ello es la obtención previa de datos suficientes que permitan al socio tomar decisiones en las cuales su consentimiento no se encuentre viciado y así puedan ejercer adecuadamente otros derechos (como el de voto, el de suscripción preferente, la impugnación de las asambleas), por lo cual se ha afirmado que se trata de un derecho instrumental.

No respetar este derecho es uno de los motivos graves que autoriza la procedencia de la intervención judicial.

Sin perjuicio de lo expuesto, el control por parte de los socios se limita en el caso de que la SA cuente con Sindicatura o Consejo de Vigilancia, ya que en son éstas las que ejercen la función de control y deben informar a los socios.

Esta limitación obedece a que, en las sociedades de capital, al resultar más compleja la administración, puede resultar perjudicial la permanente intromisión en la administración social de los socios(37).

La información que hace al derecho del socio accionista no es toda la que quiera éste, sino toda la que corresponda teniendo en cuenta las carac-

(37) Por ejemplo, las medidas probatorias anticipadas solicitadas por los socios de una SA, para comprobar el estado de las registraciones contables de la misma, exceden sus facultades de información ya que no pueden constituirse en fiscalizadores individuales de la administración y contabilidad.

terísticas del tipo societario y lo que se hubiera determinado en el contrato social[38].

8.4.1. Fiscalización y control de la contabilidad y administración

Se refiere a la posibilidad de la remoción del administrador (art. 129, LS), y a la consideración y aprobación del balance anual, lo que en las SA se realiza a través de la asamblea ordinaria anual.

8.5. Remoción judicial del administrador

Los socios pueden reclamar la remoción del administrador de la sociedad. Cuando no se alcancen las mayorías legales para disponerla extrajudicialmente, podrá hacerse judicialmente. Mientras esto se resuelva, puede disponerse la remoción provisional siempre y cuando hubiere para la sociedad peligro con la demora en la remoción del mismo.

8.6. Deber de lealtad

El socio debe actuar con lealtad con respecto a la sociedad, debiendo sacrificar para el logro del objeto social sus intereses personales divergentes con los de la sociedad.

La prohibición incluye los actos por cuenta propia o ajena (en la que el socio participe de alguna forma) que importen competir con la sociedad o retarden decisiones en materia de negocios sociales por razones o intereses divergentes con la sociedad. Ello inspira la tendencia doctrinal de impedir al accionista votar en estas circunstancias (arts. 159 y 248, LS).

La violación de este deber puede llevar a su exclusión, haciéndole responsable de los daños que cause a la sociedad.

A su vez el socio, además de una exclusión eventual, deberá traer a la sociedad los beneficios de su actividad y el resarcimiento de daños.

El socio con un interés contrario al social debe hacerlo saber a sus pares, quienes en asamblea decidirán si autorizan o no la votación a ese socio en el caso concreto.

---

(38) La falta de cumplimiento del deber de información, que ha quedado justificado en autos por el silencio del síndico, hace procedente la ejecución de la medida solicitada a ese fin, en razón de que la oposición formulada por el órgano de representación no puede impedir el cumplimiento de un deber legal cuya responsabilidad recae sobre otro órgano del ente societario, debidamente aceptado por éste en el momento en que se lo oyó en el proceso, sin embargo, siendo necesario conciliar el derecho de los accionistas a la preceptiva legal, que impide que éstos por sí tengan acceso directo a los libros y papeles sociales, como lo establece el art. 55 de la ley 19.550 (ADLA XXXII-B, 1760), corresponde designar un perito oficial quien tendrá a la vista la documentación necesaria y sobre la cual proporcionará la información a que tengan derecho los accionistas (80415, CNCom., sala B, 14/9/1981, “Massa, Hugo J. y otra v. Dellaplast Argentina SA”).

8.7. El derecho de preferencia y el derecho de acrecer

El derecho de preferencia es el derecho que tienen los socios a poder suscribir las acciones de la sociedad a la que pertenecen con prioridad a los terceros.

Es así que el art. 194, LS, establece que las acciones ordinarias, sean de voto simple o plural, otorgan a su titular el derecho preferente a la suscripción de nuevas acciones de la misma clase en proporción a las que posea.

También se otorga a los socios el derecho a acrecer en proporción a las acciones que haya suscripto en cada oportunidad.

Es decir, que si algunos socios no hacen uso de su derecho de preferencia, otros pueden suscribir esas acciones —aumentando su participación social— antes de que sean ofrecidas a terceros.

Cuando la sociedad decida emitir nuevas acciones, hará el ofrecimiento a los accionistas mediante avisos por 3 días en el Boletín Oficial. Si es una sociedad de las alcanzadas por el art. 299, LS, deberá además realizar la publicación en un diario de mayor circulación general en toda la República.

Los accionistas podrán ejercer su derecho de opción dentro de los 30 días siguientes al de la última publicación, si los estatutos no establecieran un plazo mayor.

Tratándose de sociedades que hagan oferta pública, la asamblea extraordinaria podrá reducir este plazo hasta un mínimo de diez días, tanto para sus acciones como para *debentures* convertibles en acciones[39].

El accionista, a quien la sociedad prive del derecho de suscripción preferente, puede exigir judicialmente que cancele las suscripciones que le hubieren correspondido[40].

Si las acciones ya se hubieran entregado y no fuese no posible proceder a su cancelación, el accionista perjudicado tendrá derecho a que la sociedad y los directores solidariamente le indemnicen los daños causados.

La indemnización en ningún caso será inferior al triple del valor nominal de las acciones que hubiera podido suscribir conforme al art. 194, LS, computándose el monto de la misma en moneda constante desde la emisión.

Dicha acción debe ser promovida en el término de 6 meses a partir del vencimiento del plazo de suscripción[41]. La acción puede ser ejercida por el accionista perjudicado o por cualquiera de los directores o síndicos.

---

(39) Incorporado por art. 1º de la ley 24.435, BO del 17/1/1995.
(40) Art. 195, LS.
(41) Art. 196, LS.

Como se explicara *supra*, existe la limitación prevista en el art. 197, LS, a los derechos de preferencia y acrecer.

Este derecho sólo puede ser coartado por decisión de una asamblea extraordinaria en el caso de que sea previsto en el orden del día y que la nueva emisión de acciones sea realizada con el fin de integrar con aportes en especie, o que se den en pago de obligaciones preexistentes.

8.8. Derecho de receso

Los accionistas disconformes con las modificaciones aprobadas en el último párrafo del art. 244[42], pueden separarse de la sociedad con reembolso del valor de sus acciones[43].

También podrán separarse en los casos de aumentos de capital que competan a la asamblea extraordinaria y que impliquen desembolso para el socio, de retiro voluntario de la oferta pública o de la cotización de las acciones y de continuación de la sociedad en el supuesto de sanción firme de cancelación de oferta pública o de la cotización de las acciones.

En las sociedades que hacen ofertas públicas de sus acciones o se hallan autorizadas para la cotización de las mismas, los accionistas no podrán ejercer el derecho de receso en los casos de fusión o de escisión, si las acciones que deben recibir en su consecuencia estuviesen admitidas a la oferta pública o para la cotización, según el caso.

Podrán ejercerlo si la inscripción bajos dichos regímenes fuese desistida o denegada.

El derecho de receso sólo podrá ser ejercido por los accionistas presentes que votaron en contra de la decisión, dentro del quinto día y por los

---

(42) "*Supuestos especiales*. Cuando se tratare de la transformación, prórroga o reconducción, excepto en las sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones; de la disolución anticipada de la sociedad; de la transferencia del domicilio al extranjero, del cambio fundamental del objeto y de la reintegración total o parcial del capital, tanto en la primera cuanto en segunda convocatoria, las resoluciones se adoptarán por el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto. Esta disposición se aplicará para decidir la fusión y la escisión, salvo respecto de la sociedad incorporante que se regirá por las normas sobre aumento de capital".

(43) "En el derecho de receso subyacen dos posiciones, dos intereses contrapuestos. Desde la óptica de la persona jurídica, tenemos la necesidad de adaptar su estatuto a las nuevas exigencias económicas, tecnológicas o comerciales que el tráfico económico le exige o bien, por lo general, le impone. Para el accionista, el derecho irrestricto a que se mantengan las mismas reglas esenciales del estatuto que suscribió o al cual adhirió al adquirir el título accionario, con la expectativa de que aquellos derechos que reglamentan su relación con la sociedad se mantengan a lo largo del tiempo, no siendo alteradas las bases y condiciones de riesgo por las cuales sopesó los aportes que realizó 'para aplicarlos a la producción de bienes o servicios'" (BAUDINO, GABRIEL, *Revista Argentina de Derecho Societario*, 6/3/2013).

ausentes que acrediten tal calidad al tiempo de la asamblea, dentro de los 15 días de su clausura.

Para los ausentes, el plazo se contará desde que la sociedad comunique la denegatoria o el desistimiento mediante avisos por 3 días en el diario de publicaciones legales y en uno de los que tenga mayor circulación en la República.

El derecho de receso y las acciones emergentes caducan si la resolución que los origina es revocada por asamblea celebrada dentro de los 60 días de expirado el plazo para su ejercicio por los ausentes.

Síntesis

1) Las características principales de las sociedades anónimas son: 1) el límite del riesgo de la inversión al capital suscripto, y 2) la representación de ese capital en títulos de libre circulación (acciones).

2) Las SA pueden constituirse de dos formas: a) por acto único (se redacta el estatuto por los socios y se inscribe), o 2) por suscripción pública (Programa de Fundación).

3) Pueden tener uno (SAU) o más socios.

4) El acta constitutiva y Estatuto de las SA deben realizarse por instrumento público. El instrumento constitutivo debe contener los requisitos previstos en el art. 11, LGS, elemento que es común a todos los tipos sociales.

5) Todo cambio o reforma estatutaria debe ser aprobado por asamblea extraordinaria

6) El capital social es un elemento principal en las sociedades comerciales, y mucho más aún en los tipos societarios que limitan la responsabilidad de sus socios. En el caso de las SA el límite de responsabilidad de los socios se fija en la integración del capital suscripto por ellos. Se forma con los aportes de los socios, que en el caso de las SA sólo pueden consistir en obligaciones de dar.

7) La suscripción es la promesa de la integración. El capital social debe estar totalmente suscripto al momento de la constitución (100%).

8) La integración es cuando el aporte se hace efectivo. La integración, al momento de la inscripción, no podrá ser menor al 25% del capital suscripto, si se tratare de una sociedad anónima *de dos socios o más*. Si fuera una SAU, la integración del capital suscripto deberá ser total (100%).

9) El mero vencimiento del plazo en que debió realizarse el aporte coloca al socio en mora. Dicha situación genera las siguientes consecuencias: 1) la posibilidad de exigir el cumplimiento del aporte más los daños y per-

juicios resultantes de la mora, o 2) la posibilidad de excluir al socio moroso sin más (art. 37, LS).

10) Los aportes en las SA pueden consistir sólo en obligaciones de dar bienes determinados y susceptibles de ejecución forzada (art. 39, LS). Se prohíbe el aporte de obligaciones de hacer, ya que no ofrecen garantías a los terceros y acreedores de la sociedad, pues no son susceptibles de ejecución.

11) Se pueden aportar dinero, derechos y créditos; títulos valores, bienes gravados, fondo de comercio y aportes en especie.

12) Si se realizan aportes en especie la valuación de dichos aportes (art. 53, LS), teniendo en cuenta: 1) el valor de plaza, cuando se tratare de bienes con valor corriente y 2) la valuación pericial.

13) Las prestaciones accesorias son obligaciones hacia la sociedad que figuran en el estatuto y pueden ser brindadas por todos o algunos de los socios pero que *no constituyen aportes de capital ni están sometidas a sus reglas*.

14) El estatuto puede prever el aumento del capital social hasta su quíntuplo sin requerir conformidad administrativa alguna. Las sociedades que cotizan en bolsa están exentas de este requisito.

15) Una de las maneras de aumentar el capital es mediante la *capitalización de reservas* o de otros fondos especiales que posea la sociedad y se encuentren inscriptos en el respectivo balance. En estos casos, debe respetarse la proporción de cada accionista en el aumento de capital.

16) La ley prohíbe la emisión "emisión bajo la par" de acciones. Por el contrario, no hay problema en emitir acciones con prima. La prima por emisión es un *sobreprecio* del valor nominal de la acción que paga el suscriptor de acciones de una sociedad que cotizan sobre la par.

17) Así como la sociedad puede aumentar su capital, también puede reducirlo voluntariamente si lo deciden sus socios en asamblea extraordinaria u obligatoriamente (art. 205, LS, prevé el caso de reducción del capital por pérdidas).

18) Las acciones son títulos valores que representan el capital social. No son el capital social, ni parte de él. Las podemos analizar bajo tres puntos de vista diferentes: 1) como representación de capital; 2) como expresión de la calidad de socio, y 3) como título valor de renta variable. Puede haber diferentes tipos y clases de acciones. Dentro de cada clase se conferirán los mismos derechos.

19) Si bien la LS establece que las acciones "...pueden ser al portador o nominativas; en este último caso, endosables o no...", regulaciones posteriores determinan que sólo pueden ser nominativas no endosables.

20) Las acciones son indivisibles y los títulos por los cuales se emiten son formales.

21) Su transmisión se puede limitar, pero no prohibir.

22) Pueden ser: 1) ordinarias; 2) privilegiadas (voto plural), y 3) preferidas (con preferencia patrimonial).

23) Pueden entregarse en usufructo.

24) Sólo pueden ser adquiridas por la misma sociedad en tres casos: 1) para cancelarlas y previo acuerdo de reducción del capital; 2) para evitar un daño grave, y 3) por integrar el haber de un establecimiento que adquiere o de una sociedad que incorpore.

25) La distribución de dividendos sociales solamente es legal si los mismos resultan de ganancias realizadas y líquidas correspondientes a un balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado. Sin embargo, la LS prevé en el art. 224 la posibilidad de pagar dividendos anticipadamente. Las únicas sociedades a las cuales esto les está permitido son aquellas comprendidas en el art. 299, LS.

26) Las sociedades deben llevar un "Libro de Registro de Acciones" en el que se anotarán las acciones que fueron emitidas, clases, estado de integración, transferencias; gravámenes y cualquier otra mención que derive de la situación jurídica de las acciones y de sus modificaciones.

27) La sociedad puede emitir títulos valores que no sean acciones. Más concretamente, puede emitir bonos, *debentures* y obligaciones negociables. Estos títulos no dan a sus tenedores la calidad de socios, sólo les otorga los derechos patrimoniales determinados en el título y en algún caso, el derecho a voz.

28) Los bonos pueden ser de *goce* y de *participación*.

29) Los *debentures* son títulos valores representativos de la deuda que la sociedad emisora se ha obligado a abonar a los tenedores en la forma y condiciones estipulados en el acto de emisión. Pueden convertirse en acciones.

30) Las obligaciones negociables son instrumentos de renta fija. Tienen un cronograma de pagos predefinido.

31) Los socios tienen derechos patrimoniales y de gobierno.

32) Los derechos patrimoniales son: a) A la partición en las utilidades que deben ser realizadas y líquidas, y resultar de un balance regularmente confeccionado y aprobado por el órgano social competente (art. 68, LS) y b) a la cuota de liquidación cuando la sociedad se disuelve.

33) Los derechos de gobierno se refieren a la posibilidad que tiene el socio de participar en el manejo y control de la sociedad, integrando los or-

ganismos de gobierno de la sociedad o participando de las deliberaciones y asambleas. Encontramos entre ellos: 1) el derecho de voz y voto; 2) el derecho a la información; 3) a la fiscalización y control de la contabilidad y administración; 4) a la remoción judicial del administrador, y 5) el deber de lealtad.

34) Los socios tienen también derecho de preferencia para suscribir las nuevas acciones que emita la sociedad y el derecho a acrecer en proporción a las acciones que haya suscripto en cada oportunidad.

35) También cuentan con derecho de receso los accionistas disconformes con las modificaciones aprobadas en el último párrafo del art. 244, LS, y en los casos de aumentos de capital que competan a la asamblea extraordinaria y que impliquen desembolso para el socio, de retiro voluntario de la oferta pública o de la cotización de las acciones y de continuación de la sociedad en el supuesto de sanción firme de cancelación de oferta pública o de la cotización de las acciones.

Capítulo XVI

Órganos sociales. Asamblea

Por Mercedes de Artaza [1]

1. Introducción

1.1. Órganos sociales: clases y funciones. El organicismo. La asamblea de accionistas y su importancia

La estructura organizativa de las sociedades comerciales se basa en un sistema de distribución de funciones atribuidas a órganos con una esfera de actuación o competencia propia y diferenciada.

---

(1) Profesora adjunta interina de la cátedra Instituciones de Derecho Privado, a cargo del Dr. José María Curá.

Esta organización se manifiesta de diversas maneras conforme al tipo social de que se trate, pasando de estructuras sencillas, presentes en las sociedades de interés, a estructuras más complejas, en los tipos societarios de mayor desarrollo, como la sociedad de responsabilidad limitada (SRL) y la sociedad anónima (SA).

La noción de órgano se integra con un elemento objetivo, que comprende el conjunto de facultades y funciones atribuidas al órgano por el ordenamiento jurídico o el acuerdo de partes que de ninguna manera puede ser delegadas o subrogadas por otros órganos, y un elemento subjetivo relativo a las personas que, formando parte de ese órgano, ejercen en su nombre esas facultades y funciones. Las tres principales esferas de actuación de los órganos societarios son el gobierno, la administración y representación, y la fiscalización.

La asamblea de accionistas en el órgano de gobierno propio de la SA tiene por función principal la formación de la voluntad social. Se trata de un órgano no permanente que, integrado por los socios bajo la forma de cuerpo colegiado, delibera y adopta las decisiones ordinarias y extraordinarias atinentes al funcionamiento de la sociedad y el cumplimiento de su objeto a través del sistema de mayorías.

Guiada por la protección del interés social, que puede ser definido como el interés de la sociedad tendiente a dar cumplimiento a su objeto social maximizando sus beneficios, la adopción de decisiones por parte de la asamblea, bajo los términos establecidos por la ley y el estatuto, obliga a la sociedad y a los accionistas[(2)], y deben ser ejecutadas por el órgano de administración y representación que en el caso de las SA se denomina Directorio.

2. Clases de asamblea. Competencia

2.1. Asambleas ordinarias y extraordinarias

La Ley General de Sociedades[(3)] (LS) distingue estas dos clases de asambleas conforme a las competencias exclusivas expresamente previstas por la misma y el correspondiente estatuto de la sociedad. En tal sentido, el art. 234 de la LS establece que corresponde a la asamblea ordinaria considerar y resolver sobre los siguientes asuntos:

a) Balance general, estado de los resultados, distribución de ganancias, memoria e informe del síndico y toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le competa resolver conforme a la ley y el estatuto, o que sometan a su decisión el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos;

---

(2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 245 de la LS, en referencia del derecho de receso que será explicado en detalle en el punto 6.

(3) Ley 19.550, t.o. dec. 841/1984, modif. ley 26.994.

b) Designación y remoción de directores y síndicos miembros del consejo de vigilancia y fijación de su retribución;

c) Responsabilidad de los directores y síndicos y miembros del consejo de vigilancia;

d) Aumentos del capital conforme al art. 188 de la LS, es decir, aquellos que por disposición del estatuto pueden ser realizados por la asamblea ordinaria por un valor de hasta el quíntuplo del capital social, o los realizados por sociedades anónimas autorizadas a hacer oferta pública de sus acciones(4).

Se reservan a este tipo de asambleas todos los temas referidos a la marcha de los negocios sociales que hacen posible el cumplimiento del objeto social y que no afecten de manera sustancial los caracteres esenciales o la estructura jurídica de la sociedad.

Por su parte, la ley establece que corresponden a la asamblea extraordinaria todos los asuntos que no sean de competencia de la asamblea ordinaria, la modificación del estatuto y en especial la toma de las siguientes decisiones:

a) Aumento de capital, salvo el supuesto del art. 188, LS, es decir, que su competencia se relaciona con aquellos aumentos de capital que por disposición del estatuto no sean competencia de la asamblea ordinaria.

b) Sólo podrá delegar en el directorio la época de la emisión, forma y condiciones de pago;

c) Reducción y reintegro del capital;

d) Rescate, reembolso y amortización de acciones;

e) Fusión, transformación y disolución de la sociedad; nombramiento, remoción y retribución de los liquidadores; escisión; consideración de las cuentas y de los demás asuntos relacionados con la gestión de éstos en la liquidación social, que deban ser objeto de resolución aprobatoria de carácter definitivo;

f) Limitación o suspensión del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones conforme al art. 197, LS;

g) Emisión de *debentures* y su conversión en acciones;

h) Emisión de bonos.

Surge entonces con claridad que se reserva a este tipo de asambleas la discusión y resolución de todos los temas que exceden la marcha ordinaria de los negocios sociales, los que afectan de manera sustancial los caracteres

(4) Para mayor información con el alcance de cada uno de estos institutos jurídicos nos remitimos a lo explicado en los capítulos correspondientes.

esenciales de la sociedad y, en forma residual, todos los asuntos que no sean de competencia de la asamblea ordinaria. Asimismo, será de competencia exclusiva de la asamblea extraordinaria toda otra temática reservada a la misma por disposición del estatuto de la sociedad.

2.2. Asambleas generales y especiales o de clase

La LS contempla además diversos tipos de asambleas de acuerdo con los derechos de los socios afectados por la resolución a adoptar. Bajo tal clasificación, pueden distinguirse las asambleas generales y las asambleas especiales.

Son generales, aquellas en las que deban adoptarse resoluciones que afecten los derechos de todas las clases de acciones[5]. Son, por el contrario, especiales o de clase, las asambleas en las que deban adoptarse resoluciones que afecten los derechos de una clase de acciones en particular y aquellas en las que, debido a la temática a tratar o a lo establecido en el estatuto de la sociedad, se requiere el consentimiento o ratificación de esta clase.

Al referirse a consentimiento, la LS contempla la posibilidad de que la asamblea general requiera el consentimiento de la especial en forma previa a adoptar determinada decisión, por el contrario, al referirse a ratificación, hace alusión a la posibilidad de que la asamblea especial tenga que confirmar una decisión ya adoptada por la general que afectaría a la clase.

En este caso, la convocatoria, *quorum* y mayorías requeridas se regirán por las normas de la asamblea ordinaria.

2.3. Asambleas en primera y segunda convocatoria. Asamblea unánime

La LS establece que las asambleas deben ser convocadas mediante publicaciones en el diario de publicaciones legales (v. gr., Boletín Oficial) y de mayor circulación general en el caso de las sociedades sometidas a fiscalización estatal permanente incluidas en el art. 299, LS[6], de la jurisdicción

(5) Se remite al capítulo XV, La sociedad anónima. Capital social. Acciones. Derechos de los accionistas, para mayor información en relación con las clases de acciones existentes bajo la LS.

(6) Este artículo establece que las sociedades anónimas, además del control de constitución, quedan sujetas a la fiscalización de la autoridad de contralor de su domicilio, durante su funcionamiento, disolución y liquidación, en cualquiera de los siguientes casos: 1º) Hagan oferta pública de sus acciones o *debentures*; 2º) Tengan capital social superior $ 10.000.000; 3º) Sean de economía mixta o se encuentren comprendidas en la sección VI; 4º) Realicen operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesas de prestaciones o beneficios futuros; 5º) Exploten concesiones o servicios públicos; 6º) Se trate de sociedad controlante o controlada por otra

que corresponda a la sociedad, a fin de permitir a todos los socios tomar conocimiento de la próxima celebración de las mismas. A partir de esta exigencia, puede entonces distinguirse entre asambleas en primera y segunda convocatoria.

Las primeras son las convocadas inicialmente por la sociedad a fin de dar tratamiento a los temas listados en el orden del día. Para poder llevarse a cabo, deberán obtener la asistencia necesaria de socios (*quorum*) requerida por ley.

Para el caso de no obtenerse el *quorum* necesario, se fija una segunda convocatoria, que tendrá el mismo orden del día, pero para su funcionamiento requiere de un número menor que la primera(7).

La LS establece que la misma deberá celebrarse dentro de los 30 días siguientes a la fecha establecida para la primera.

No debe confundirse la asamblea en segunda convocatoria con el llamado a "cuarto intermedio". En tal caso, encontrándose en desarrollo ésta, se decide interrumpirla y continuarla posteriormente, dentro de los 30 corridos días siguientes a su celebración.

No se modifica entonces el carácter de la asamblea que seguirá siendo una asamblea celebrada en primera o segunda convocatoria y para la cual, por cuestiones de tiempo o complejidad, se ha dispuesto la postergación de la deliberación y decisión de ciertos temas del orden del día y de la que sólo podrán participar los accionistas que hubieren comunicado su asistencia en los términos del art. 238, LS. Esta aclaración resulta relevante a los fines de la determinación del *quorum* y mayorías necesarias para la toma de decisiones.

La excepción al principio de la publicación obligatoria de la convocatoria a asambleas está dada por la denominada asamblea unánime. En este caso, la misma —que podrá tener carácter de ordinaria o extraordinaria— podrá celebrarse válidamente sin publicación de la convocatoria, siempre y cuando se encuentren reunidos los accionistas que representen la totalidad del capital social y las decisiones se adopten por unanimidad de las acciones con derecho a voto. De manera entonces, que en este caso, la unanimidad debe estar dada no sólo en relación con la presencia de los accionistas que

---

sujeta a fiscalización, conforme a uno de los incisos anteriores, y 7°) Se trate de sociedades anónimas unipersonales.

(7) El fracaso de la asamblea "en primera convocatoria" por falta de *quorum* autoriza citar a una segunda convocatoria para tratar los temas del orden del día no votados, solamente cuando ha faltado *quorum* "constitutivo", pero no cuando habiendo existido este último y posibilitado la constitución de la asamblea, desaparece con posterioridad, esto es, cuando se pierde el "deliberativo", ya que la asamblea se ha constituido válidamente (CNCom., sala D, 30/5/2008, "Gysin, Norberto y otros v. Garovaglio y Zorraquin SA s/nulidad de asamblea").

representen el 100% del capital social, sino también en relación con la toma de decisiones que, como se dijo, también deben ser adoptadas por unanimidad de las acciones con derecho a voto. Esta excepción se justifica básicamente en el hecho de que, de darse esta doble unanimidad, no existiría perjuicio alguno para los socios derivado de la falta de convocatoria, en tanto del mismo acto surgiría con evidencia que todos ellos han sido anoticiados de la celebración de la asamblea, y que han podido deliberar y decidir en condiciones normales.

3. Convocatoria y funcionamiento de la asamblea

3.1. Convocatoria. Publicidad

Tal cual fuera explicado *supra*, y a excepción de lo que ocurre en relación con las unánimes, las asambleas deben ser convocadas mediante publicación en el diario de publicaciones legales y además en uno de los diarios de mayor circulación general de la República en el caso de las sociedades del art. 299 (8). Esta exigencia responde a la necesidad de anoticiar a los socios del llamado a asamblea a fin de que los mismos puedan ejercer debidamente sus derechos sociales participando del gobierno de la sociedad. Dado su carácter imperativo, la falta de convocatoria, o bien la realización de una convocatoria deficiente, podrían dar lugar a la nulidad de la asamblea realizada en consecuencia y por supuesto, de las decisiones adoptadas en la misma en violación a la norma. Por iguales motivos, la convocatoria no podrá ser reemplazada —aunque sí complementada— con la remisión de notificaciones especiales dirigidas a cada uno de los socios.

En cuanto a la forma de la convocatoria, la LS establece lo siguiente:

3.2. ¿Quién puede convocarlas?

El art. 236, LS, establece que las asambleas ordinarias y extraordinarias serán convocadas por el directorio o el síndico en los casos previstos por la ley, o cuando cualquiera de ellos lo juzgue necesario, o cuando sean requeridas por accionistas que representan por lo menos el 5 % del capital social, si los estatutos no fijaran una representación menor (9).

---

(8) Lo que debe ser interpretado como uno de los diarios de mayor circulación general, en la jurisdicción en la que opere la sociedad, a fin de asegurar debidamente la publicidad del llamado a asamblea.

(9) La Ley de Sociedades, en sus art. 236 y 294, dispone que la convocatoria a asamblea, cualquiera que fuera la clase o naturaleza de la misma, debe ser efectuada por el órgano autorizado legalmente, esto es, por el directorio como órgano, en ejercicio de la atribución del art. 294, inc. 7°; por la IGJ en uso de las facultades previstas por el art. 236, LSC y por el órgano jurisdiccional (CNCom., 4/9/2007, "Inspección General de Justicia s/denuncia Alberto de Undurraga s/organismos Externos [Estancia María Luisa SA]").

El directorio o síndico, según corresponda, deberá emitir la resolución que disponga la convocatoria y convocarla para que ésta se celebre en el plazo máximo de 40 días transcurridos desde la recepción de la solicitud.

La LS otorga además a los socios la facultad de requerir esta convocatoria ante la autoridad de contralor, es decir, ante el Registro Público correspondiente, o judicialmente cuando el directorio o el síndico omitan hacerlo. De esta forma, se asegura que la inacción de los órganos sociales —malintencionada o no— no perjudique de manera alguna los intereses de la sociedad y los socios(10).

En este sentido, el art. 156, inc. 1°, de la res. 7/2005 de la Inspección General de Justicia establece que la Inspección podrá convocar a asamblea de oficio(11), cuando constatare graves irregularidades en la sociedad y estimare conducente la medida en resguardo del interés público o a pedido de accionistas titulares del 5% del capital social —o porcentaje inferior fijado por los estatutos de la sociedad— que acrediten que luego de transcurridos diez (10) días corridos desde la solicitud de la convocatoria realizada por medio fehaciente al directorio y la sindicatura, simultánea o sucesivamente, la solicitud no hubiera sido respondida o hubiese sido denegada sin fundamento o la reunión de directorio no hubiese podido celebrarse por falta de *quorum*(12).

---

(10) "Sabido es que las asambleas deben ser convocadas en legal forma (arts. 236 y 237, LSC). Es condición de existencia de una decisión asamblearia y de que la misma pueda ser adjudicada a la sociedad, que ésta se haya tomado en una asamblea convocada y celebrada de acuerdo a las exigencias legales. Es por ello, que los vicios que afectan el procedimiento reglado para la toma de decisiones asamblearias, especialmente los requisitos referidos a su convocatoria, constituyen causal de impugnación de las decisiones que tome la asamblea" (Martínez, Silvina A., *Ausencia de* quorum *en la Reunión de Directorio. Convocatoria a Asamblea*, IJ Editores, 10/11/2008).

(11) Corresponde revocar la resolución que rechazó el pedido de convocatoria judicial de la asamblea, y encomendar la designación de un funcionario que presida la asamblea general ordinaria y extraordinaria, y que fije el lugar, fecha y hora de celebración, en tanto el accionista acreditó su condición de tal, que su tenencia es representativa del 5% del capital social, que ha formulado en tiempo y forma el requerimiento de convocatoria al directorio y/o al síndico, y que ha transcurrido el plazo de 40 días fijado por el ordenamiento; y con la comprobación de tales recaudos el juez debió automáticamente disponer la realización del acto (CNCom., sala F, 7/12/2010, "Longarela, Héctor R. y otros s/ordinario").

(12) "La actuación judicial que incumbe frente a un pedido de convocatoria judicial a asamblea no puede ir más allá de su finalidad, que es suplir la inactividad —culposa o no— de los administradores (art. 236 de la LSC), bastando la acreditación por el accionista de su condición de tal, que su tenencia es representativa del 5 % del capital social (o el porcentaje que fijare el estatuto), que ha formulado en tiempo y forma el requerimiento de convocatoria al directorio y/o al síndico, y que ha transcurrido el plazo de 40 días fijado por el ordenamiento en la materia (si es que no se verifican circunstancias especiales que autorizaren a prescindir de tal extremo)" (CNCom., sala F, 21/11/2013, "Pourtale, Ellen K. v. Rauelen SACAFIyM s/diligencia preliminar")..

3.3. Plazos de la convocatoria y realización de la asamblea

El art. 237 de la LS establece que la convocatoria deberá ser publicada durante 5 días, con 10 de anticipación, por lo menos y no más de 30, en el diario de publicaciones legales. Los plazos se cuentan como días corridos. Además, para las sociedades a que se refiere el art. 299, LS, se debe publicar en uno de los diarios de mayor circulación general en la jurisdicción en la que opere la sociedad.

Los términos para la segunda convocatoria son diferentes. Es así que las publicaciones se harán por 3 días con 8 de anticipación como mínimo y 30 de máximo[13].

La LS establece que el estatuto podrá autorizar la realización de ambas convocatorias simultáneamente, e incluso que las mismas podrían ser convocadas para celebrarse el mismo día siempre que entre ellas se respete un intervalo no inferior a 1 hora. Esta posibilidad se restringe en el caso de aquellas sociedades que hagan oferta pública de sus acciones. Esta facultad es muy utilizada en la práctica societaria en tanto implica evitar el dispendio de dinero y tiempo que una nueva publicación implicaría para la sociedad en caso de verificarse el fracaso de la asamblea convocada inicialmente.

En cuanto al plazo para la realización de la asamblea, puede encontrarse una referencia puntual en el art. 234, *in fine*, de la LS, que dispone que a fin de tratarse la aprobación de los estados contables de la sociedad y toda otra medida relativa a la gestión de la misma que le competa resolver conforme a la ley y el estatuto, o que sometan a su decisión el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos, y para la designación y remoción de directores y síndicos miembros del consejo de vigilancia y fijación de su retribución.

La asamblea deberá ser convocada dentro de los 4 meses del cierre del ejercicio.

---

(13) "Procede imponer a una AFJP una multa de 200 mopres (equivalente a $16.000), por haber transgredido la instrucción SAFJP Nº 104; 1 y 3, y la resolución SAFJP nº 673/95; 1 y 5 cuando —como en el caso— surge que la sancionada no comunicó con la antelación debida, la realización de una asamblea de accionistas, no remitió copia del acta correspondiente dentro del plazo legal (10 días), y tampoco informó tempestivamente las designaciones y renuncias de esa fecha. No empece lo expuesto que, si bien las pertinentes actuaciones se originaron en conductas de una administradora, sin embargo, la sanción se haya aplicado a otra entidad, en virtud de verificarse la fusión por absorción de esta última a la primera. Es de ponderar, que en todos los casos de fusión por absorción entre sociedades (LSC, art. 82, párr. 2º), una sociedad incorpora a otra que, sin liquidarse, es disuelta. Se produce entonces, un fenómeno de confusión de patrimonios. La absorbente adquiere la titularidad de todos los derechos y obligaciones de la sociedad disuelta al producirse la transferencia de su patrimonio, por lo que esta última debe afrontar las penas y responsabilidades por delitos y contravenciones cometidos por la entidad absorbida" (CNCom., sala D, 30/11/2000, "Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones v. Consolidar AFJP SA s/recurso de apelación",,IJ-XVII-123).

3.4. Contenido de la convocatoria

La LSG establece que en la convocatoria deberá mencionarse el carácter de la asamblea, fecha, hora y lugar de reunión, orden del día y los recaudos especiales exigidos por el estatuto para la concurrencia de los accionistas(14).

3.4.1. Carácter de la asamblea

La mención del carácter de la asamblea —es decir si se trata de una asamblea ordinaria o extraordinaria; general o de clase— adquiere una relevancia fundamental, ya que tal como se analizará a continuación, determinará el *quorum* y mayorías requeridas por la LS para la toma de decisiones, así como permitirá a los socios verificar la competencia de la reunión para la toma de las decisiones incluidas en el orden del día.

3.4.2. Lugar de celebración

El art. 233 de la LS establece que la asamblea debe reunirse en la sede social o en lugar que corresponda a la jurisdicción del domicilio social. De esta manera la ley habilita la realización de la misma en un ámbito distinto al de la sede social, siempre y cuando se respete la jurisdicción del domicilio de manera de facilitar la concurrencia de los accionistas, directores y síndicos. En este último caso deberán consignarse con toda claridad en la convocatoria los datos que permitan identificar el lugar de celebración con exactitud (ej., calle, número, departamento, etc.).

3.4.3. Orden del día

El orden del día identifica el temario de las cuestiones que serán objeto de tratamiento y decisión por parte de la asamblea. El mismo debe ser claro y completo y podrá incluir las temáticas más variadas derivadas de

---

(14) "Resulta sumamente interesante la sentencia recaída en autos 'Magna Inversora SA c. Banco de Mendoza SA s/medidas precautorias', dictada por el 12° Juzgado en lo Civil, Comercial y de Minas de la ciudad de Mendoza, fallo firme de fecha 10 de enero de 2002. En ese pronunciamiento judicial, dictado durante el período de feria judicial, se admitió la suspensión de la convocatoria a una asamblea de accionistas que debía celebrarse durante ese mes de enero, por haberse omitido consignar en el orden del día publicado en el Boletín Oficial, todos los puntos incluidos por el Directorio de la sociedad demandada, entre los cuales se encontraba el tratamiento de la promoción de acciones sociales de responsabilidad en los términos del art. 54 de la ley 19.550 y sobre la base de lo dispuesto por el art. 33, inc. 1° del mismo texto legal, punto cuyo tratamiento había sido expresamente requerido por la sociedad accionante y que había sido aceptado en forma unánime por los directores presentes en las reuniones anteriores que decidieron el llamado a asamblea" (Pardini, Marta G., *Sobre la jurisprudencia dictada en materia de impugnación de decisiones asamblearias*, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 29/11/2002).

las particularidades de la marcha social y el cumplimento del objeto de la sociedad[15].

En principio, es propuesto por quien requiere la convocatoria a asamblea, sin embargo, el art. 294, inc. 7°, de la LS otorga al síndico la posibilidad de hacer incluir en el mismo los puntos que considere procedentes. Es decir entonces, que habilita a este órgano a complementar un orden del día propuesto por el directorio o por los accionistas cuando corresponda. Si bien no está específicamente previsto en la LSG, parece razonable aceptar que tanto el directorio como los accionistas podrían ejercer el mismo derecho. En todos los casos, y a fin de no desnaturalizar su utilidad conforme se explicará a continuación, esta facultad debe ejercerse antes de la publicación de la convocatoria[16].

El art. 246 de la LS establece como principio general la nulidad de toda decisión tomada en la asamblea sobre materias extrañas a las incluidas en el orden del día. La sanción de nulidad, que privaría de efectos a toda decisión adoptada en estas condiciones, se justifica en el hecho de que el mencionado orden permite a los socios:

- verificar la competencia de la asamblea para la toma de las decisiones propuestas en el mismo;
- ejercer debidamente su derecho a la información, fundamental para el posterior ejercicio del derecho político más importante para los socios, que es el derecho de voto y que como tal, requiere, de parte éstos, un conocimiento previo de los temas que serán sometidos a su consideración;
- impide que se discutan temas ajenos al temario propuesto en ausencia de los socios que no hayan concurrido y que podrían verse perjudicados por las decisiones adoptadas por la mayoría sobre temáticas que desconocían serían objeto de deliberación.

Sin perjuicio de lo dicho, la LS contempla excepciones al principio general de nulidad, admitiendo la validez de las decisiones referidas a temas no incluidos en el orden del día cuando:

- hubiere una excepción expresa en tal sentido, como por ejemplo, la contemplada por el art. 276 que establece que la acción social de res-

(15) Vale resaltar que existen ciertas cuestiones que deben ser incluidas en el orden del día por disposición de la LS. Ej., lo dispuesto en el art. 197 en relación con la posibilidad de suspender el derecho de preferencia. Asimismo, existen ciertos contenidos obligatorios en materia de sociedades que hacen oferta pública de sus acciones contemplados en el art. 1°, cap. II de las Normas de la Comisión Nacional de Valores (NT 2013) aprobadas por la res. gral. 622/2013 (NT CNV).

(16) Esta facultad no se extendería a la autoridad de contralor o judicial que convocara la asamblea, a pedido de los socios, ante el supuesto de inacción de los órganos sociales, en tanto esto implicaría una intromisión indebida de los mismos en la marcha social.

ponsabilidad contra los directores puede ser adoptada aunque no conste en el orden del día si es consecuencia directa de la resolución de asunto incluido en éste;

- el tema omitido sea la designación de los accionistas encargados de suscribir el acta de asamblea en cumplimiento de las exigencias formales derivadas del art. 73 de la LS(17);
- se trate de una decisión conexa y derivada directamente de un tema efectivamente incluido. Esta posibilidad sin embargo debería ser objeto de análisis caso por caso.

Finalmente, vale destacar que si se tratara de una asamblea unánime, la prohibición de introducción de un nuevo punto al orden del día podría ser discutida con menor rigor, en tanto la presencia de todos los socios y la adopción de las decisiones por unanimidad, minimizarían el riesgo de desnaturalización de su finalidad.

4. Asistentes. Representación

4.1. Accionistas y sus representantes

Dada la composición y funciones de la asamblea, son los accionistas quienes naturalmente se hallan facultados para asistir a la asamblea. Sin embargo, este principio admite excepciones que impiden la participación del socio en los siguientes casos(18):

- accionistas que se encuentren en mora en la integración de sus aportes, de acuerdo con lo prescripto por el art. 192 de la LS, que establece la suspensión automática del ejercicio de los derechos del socio inherentes a las acciones en mora;
- accionistas de una clase diferente a aquella que ha convocado una asamblea especial o de clase;
- accionistas con una participación que exceda las limitaciones previstas en los arts. 31 y 32 de la LS, y exclusivamente en relación con aquellas acciones que excedan dichos límites(19).

---

(17) La doctrina ha aceptado además que ciertas cuestiones derivadas o conexas de los temas contemplados en el orden del día, puedan ser objeto de decisión de la asamblea, aun no habiendo sido previstos en el mismo. Sin embargo, esta conexidad deberá ser analizada en el caso puntual.

(18) El art. 221 de la LS establece que los derechos correspondientes a las acciones adquiridas por la misma sociedad en los supuestos habilitados por dicho artículo, quedarán suspendidos hasta su enajenación y no se computarán para la determinación del *quorum* ni de la mayoría.

(19) El art. 31 de la LS dispone que ante el incumplimiento de las limitaciones allí prescriptas, "Ninguna sociedad excepto aquellas cuyo objeto sea exclusivamente financiero

Tanto en el primero como en el tercer caso, sin embargo, la suspensión podría limitarse al derecho a votar admitiendo la presencia del accionista con voz.

Vale destacar que también podrán participar los accionistas que poseen acciones preferidas carentes de voto en los términos del art. 217 de la LS, en tanto esta circunstancia no les impide participar con voz aunque sin voto. Claro está que estos accionistas podrían ejercer su derecho a voto si se diera alguna de las circunstancias que así lo habilitan, por ejemplo, cuando se trataran materias incluidas en el 4º párrafo del art. 244, o durante el tiempo en que se encontraran en mora en recibir los beneficios que constituyen su preferencia, o si sus acciones cotizaren en bolsa y se suspendiere o retirare dicha cotización por cualquier causa y mientras subsista esta situación.

Los accionistas pueden hacerse representar por mandatarios en las asambleas. La disposición resulta altamente beneficiosa a los fines prácticos, en tanto facilita, por ejemplo, la participación de los accionistas extranjeros, la unificación de votos con otros accionistas mediante la unificación de la representación, etc. Los mandatarios pueden ser terceros y hasta incluso otros socios no integrantes del consejo de vigilancia, pero nunca los directores, los síndicos, los gerentes y demás empleados de la sociedad. Esta limitación, vinculada a todos aquellos miembros de los órganos sociales, se justifica en que el diferente rol que cumplen los accionistas y los miembros de dichos órganos podría dar lugar a la aparición de conflictos de interés, e incluso a violaciones a la prohibición de votar establecida para directores,

---

o de inversión puede tomar o mantener participación en otra u otras sociedades por un monto superior a sus reservas libres y a la mitad de su capital y de las reservas legales. Se exceptúa el caso en que el exceso en la participación resultare del pago de dividendos en acciones o por la capitalización de reservas. Quedan excluidas de estas limitaciones las entidades reguladas por la Ley 18.061. El Poder Ejecutivo Nacional podrá autorizar en casos concretos el apartamiento de los límites previstos. Las participaciones, sea en partes de interés, cuotas o acciones, que excedan de dicho monto deberán ser enajenadas dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de aprobación del balance general del que resulte que el límite ha sido superado. Esta constatación deberá ser comunicada a la sociedad participada dentro del plazo de diez (10) días de la aprobación del referido balance general. El incumplimiento en la enajenación del excedente produce la pérdida de los derechos de voto y a las utilidades que correspondan a esas participaciones en exceso hasta que se cumpla con ella". Por su parte el art. 32 determina: "Es nula la constitución de sociedades o el aumento de su capital mediante participaciones recíprocas, aun por persona interpuesta. La infracción a esta prohibición hará responsable en forma ilimitada y solidaria a los fundadores, administradores, directores y síndicos. Dentro del término de tres (3) meses deberá procederse a la reducción del capital indebidamente integrado, quedando la sociedad en caso contrario, disuelta de pleno derecho. Tampoco puede una sociedad controlada participar en la controlante ni en sociedad controlada por ésta por un monto superior, según balance, ni de sus reservas, excluida la legal. Las partes de interés, cuotas o acciones que excedan los límites fijados deberán ser enajenadas dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de aprobación del balance del que resulte la infracción. El incumplimiento será sancionado conforme al artículo 31".

síndicos, miembros del consejo de vigilancia y gerentes generales, en relación con decisiones vinculadas con la aprobación de sus actos de gestión e incluso con aquellas que atañen a su responsabilidad por mal desempeño o remoción con causa.

A los fines del otorgamiento del mandato, será suficiente el instrumento privado, con firma certificada en forma judicial, notarial o bancaria, salvo disposición en contrario del estatuto. Si bien sería admisible que éste reglamentara la facultad de los accionistas, no sería legítima su prohibición o la implementación de restricciones que en la práctica operaran como tal.

En cuanto al tipo de mandato, vale destacar que el poder podrá ser general o especial, entendiendo por el primero, al que ha sido otorgado para la representación del socio en más de una asamblea y por el segundo, al que caduca una vez utilizado en la asamblea determinada para la cual ha sido otorgado. En cuanto a su alcance, debe tenerse en cuenta que en tanto la calidad de socio es indivisible, la representación no puede ser parcial, debiendo concederse en relación con la totalidad de la participación social del otorgante.

4.2. Deber de comunicar la asistencia a la asamblea

El art. 238 de la LS establece que para asistir a la asamblea, los accionistas deberán anticipar su participación y acreditar su carácter de tales[20], de manera que depositarán en la sociedad sus acciones o un certificado de depósito o constancia de las cuentas de acciones escriturales, librado al efecto por un banco, caja de valores u otra institución autorizada, para su registro en el libro de asistencia a las asambleas, con no menos de 3 días hábiles de anticipación al de la fecha fijada[21]. La sociedad les entregará los compro-

(20) En consonancia con lo expuesto, el art. 238, , establece: "Quien sin ser accionista invoque a los derechos que confiere un certificado o constancia que le atribuye tal calidad, responderá por los daños y perjuicios que se irroguen a la sociedad emisora, socios y terceros. En este caso, la indemnización en ningún caso será inferior al valor real de las acciones que haya invocado, al momento de la convocatoria de la asamblea. El banco o la institución autorizada responderá por la existencia de las acciones ante la sociedad emisora, socios o terceros, en la medida de los perjuicios efectivamente irrogados. Cuando los certificados de depósito o las constancias de las cuentas de acciones escriturales no especifiquen su numeración y la de los títulos, en su caso, la autoridad de contralor podrá, a petición fundada de cualquier accionista, requerir del depositario o institución encargada de llevar el registro la comprobación de la existencia de las acciones".

(21) El art. 238, LSC, que impone a los accionistas el depósito de sus acciones o certificados de depósito o constancia de las cuentas escriturales para su registro en el libro de asistencia a la asamblea, con no menos de tres días hábiles antes de la fecha fijada para su celebración, exime de tal carga a los titulares de acciones nominativas, aunque los obliga a anunciar al ente su intención de asistir dentro de ese mismo plazo" (CNCom., sala E, 10/5/2011, "Bignone, Rubén C. y otros c. Óptica Alemana SA s/ordinario", cita: IJ-LXIX-777).

bantes necesarios de recibo, que servirán para la admisión a la asamblea y la verificación del *quorum*.

Asimismo, establece que los titulares de acciones nominativas o escriturales, cuyo registro sea llevado por la propia sociedad, quedarán exceptuados de la obligación de depositar sus acciones o presentar certificados o constancias, pero deberán cursar comunicación para que se los inscriba en el libro de asistencia dentro del mismo término.

Hasta después de realizada la asamblea, el accionista no podrá disponer de las acciones, excepto en caso de cancelación del depósito.

4.3. Registro de asistencia a la asamblea

Los accionistas o sus representantes, que concurran a la asamblea, deberán firmar el libro de asistencia, a fin de acreditar su presencia. En éste se dejará constancia de sus domicilios, documentos de identidad y número de votos que les corresponda. En tanto se trata de un libro de comercio, el libro de asistencia deberá cumplir con las formalidades exigidas para los mismos, es decir, que no deben presentar raspaduras, huecos, blancos, mutilaciones, alteraciones, enmiendas o tachaduras sin salvar. Asimismo, deberá estar encuadernado, foliado y rubricado por el Registro Público.

Al respecto debe recordarse que un libro de comercio llevado en debida forma, crea una presunción *iuris tantum* —es decir que admite prueba en contrario— de veracidad de los hechos en él consignados, sirviendo entonces como prueba en juicio[(22)].

Asimismo, y en el caso de la concurrencia a través de representantes, la sociedad deberá conservar el poder —o copia si se tratara de un poder general— del instrumento de otorgamiento del mandato a fin de acreditar la legítima intervención del mandatario en representación de determinado accionista.

Este libro es fundamental para acreditar la existencia de *quorum* y para el cómputo de los votos. Asimismo, puede señalarse que es complementario del libro de actas de asamblea, obligatorio para las SA, y que tiene por fin dar cuenta de manera resumida las manifestaciones hechas en la deliberación, el sentido de las votaciones y sus resultados con expresión completa de las decisiones adoptadas.

4.4. Directores, síndicos, gerentes generales miembros del consejo de vigilancia

El art. 240 de la LS ordena que los directores, los síndicos y los gerentes generales —sean o no accionistas— tienen el derecho y la obligación de

---

(22) Los arts. 22 a 26 de las NT CNV establecen ciertos requisitos que deberán cumplir las entidades sometidas a su supervisión en relación con el libro de registro de accionistas.

asistir con voz a todas las asambleas aclarando que los mismos sólo tendrán voto en la medida en que les corresponda como accionistas, y con las limitaciones establecidas por la LS que se explicarán a continuación. Asimismo señala que es nula cualquier cláusula en contrario, invistiendo a esta norma el carácter de norma de orden público no disponible por la voluntad de las partes. Vale señalar que este derecho/obligación recae también en los miembros del consejo de vigilancia en virtud de lo establecido en el art. 181, inc. g) de la LS.

La participación obligatoria de los miembros de estos órganos obedece a sus funciones como parte de la administración, representación y fiscalización de la sociedad. En este rol, no sólo están obligados a conocer lo decidido en asamblea, sino también a brindar durante ella las explicaciones que los accionistas consideren pertinentes a los fines de la toma de decisiones.

El doble carácter de derecho y obligación trae aparejada una serie de consecuencias fundamentales. La primera de ellas es que los órganos correspondientes —que no han sido responsables de la convocatoria— deben ser notificados de la futura celebración de la asamblea. La segunda es que su concurrencia será obligatoria como un requisito necesario para la constitución de la misma. La tercera es que la no concurrencia podría constituir un incumplimiento de los deberes inherentes al cargo y por tanto dar lugar a la remoción y a eventuales acciones de responsabilidad.

En cuanto a las limitaciones al derecho de voto, el art. 241 de la LS ordena que los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia y gerentes generales deben abstenerse de votar cuando las decisiones se vinculen con la aprobación de sus actos de gestión o sean atinentes a su responsabilidad o remoción con causa. Agrega además, que el voto emitido en violación de esta norma será nulo de nulidad absoluta, subsistiendo la resolución afectada, siempre y cuando el voto anulado no fuera determinante para la conformación de la mayoría. Esto así, ya que en estos casos existiría en los miembros de los órganos mencionados un interés contrario al social, que provocaría un desvío de los fines perseguidos por la asamblea.

Debe tenerse en cuenta, además, que los arts. 274, 280 y 297, LS, establecen que los directores, miembros del consejo de vigilancia y síndicos, respectivamente, responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del buen hombre de negocios, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

4.5. Funcionarios de la autoridad de contralor y de la Comisión Nacional de Valores

Los funcionarios de la autoridad de contralor, es decir del Registro Público, pueden concurrir a la asamblea de oficio o a pedido de los accionis-

tas, directores o síndicos que así lo soliciten. A tal fin, la el art. 150 de la res. 7/2005, IGJ, establece que el solicitante deberá acreditar sumariamente la calidad invocada, las razones del pedido e indicar la fecha, hora y lugar de realización, y su orden del día, adjuntando, si las hubiere, copias de las publicaciones o comunicaciones correspondientes a la convocatoria. En una situación similar se encuentran los funcionarios de la Comisión Nacional de Valores (CNV) en relación con las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones.

En ambos casos, las atribuciones del funcionario se limitan a las de un veedor de la legalidad, bajo la cual se desarrolla el acto asambleario, y no incluyen facultades para intervenir en las decisiones adoptadas en la misma, en tanto como se sabe, estas últimas sólo competen a la asamblea[23]. Sin

---

(23) Al respecto, la res. 7 establece lo siguiente: "Art. 152. — El inspector concurrirá a la asamblea o reunión de directorio en carácter de veedor, sin facultades resolutivas. Su presencia y, en su caso, firma de documentación relativa al acto, no convalidan en ningún aspecto a éste ni a las resoluciones que en él se adopten. El inspector debe: 1. Verificar el cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y estatutarias aplicables, desde la convocatoria al acto hasta el contenido del acta que lo documente, a cuyo fin requerirá los libros sociales y contables y demás documentación necesarios que el directorio de la sociedad debe tener a su disposición en oportunidad de la asamblea. 2. Verificar si las registraciones y actas se encuentran al día y en su caso firmadas debidamente, dejando constancia en su informe de cualquier omisión o irregularidad que advierta. 3. Velar por que el acto se desarrolle en correcto orden y se respeten los derechos de los concurrentes, a cuyo fin, si se presentaren alteraciones graves, podrá requerir el auxilio de la fuerza pública. Debe permanecer en el recinto donde se desarrolle hasta su finalización, aun cuando el acto no se ajuste a los requisitos legales, reglamentarios o estatutarios que correspondan o aunque por cualquier causa no se disponga o no se exhiban los libros sociales o concurran otras circunstancias cualesquiera que presumiblemente permitirían oportunamente la descalificación del acto. 4. Solicitar la realización de votaciones nominales. 5. Elaborar informe y emitir dictamen en la oportunidad y con el contenido y alcances requeridos en los dos artículos siguientes. Presentación de copia del acta y documentación relacionada.

"Art. 153. — Dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la finalización de la asamblea o reunión de directorio, la sociedad deberá exhibir en la Inspección General de Justicia al inspector que asistió, el libro social respectivo con el acta allí transcripta y debidamente firmada y entregar copia de la misma y demás documentación relacionada que, en su caso, se le requiera para que la proporcione en la misma oportunidad o dentro del plazo que se le indique y que no podrá exceder de quince (15) días adicionales. Si las circunstancias lo hicieren necesario, podrá intimarse el cumplimiento en un plazo menor dentro de lo que corresponda por aplicación del artículo 73 de la Ley Nº 19.550. La falta de presentación será causal de imposición de las sanciones previstas en los artículos 12 y 13 de la Ley Nº 22.315 y 302 de la Ley Nº 19.550. La entrega de copia de estados contables, no exime de la presentación de los mismos conforme a los artículos 146 a 148".

"*Informe y dictamen del inspector. Trámite posterior*

"Art. 154. — Dentro de los cinco (5) días de vencido el plazo de la presentación indicada en el artículo anterior, el inspector debe confeccionar su informe y emitir dictamen sobre la asamblea o reunión de directorio, salvo que las circunstancias requieran anticiparlo".

Por su parte, el art. 155 dispone: "El impedimento u obstrucción total o parcial a la presencia o actuación del inspector de justicia en las asambleas y reuniones de directorio o al ejercicio de sus derechos por parte de los asistentes, como así también a la presencia de escribano público, taquígrafo, traductor o intérprete requerida a su costa por cualquiera

embargo, su participación resulta de gran utilidad en caso de vaticinarse conflictos entre los socios durante el desarrollo de la asamblea.

Conforme se anticipara *supra*, el art. 242 de la LS establece que cuando la asamblea haya sido convocada por el juez o la autoridad de contralor, la misma será presidida por el funcionario que éstos designen.

4.6. El fiduciario de los *debenturistas*

Los *debentures* son títulos negociables de igual valor que pueden emitir las sociedades anónimas y en comandita por acciones, y que representan los empréstitos contraídos por la sociedad en forma pública o privada. Sólo estará habilitado a participar en la asamblea el fiduciario en los casos de

---

de ellos, harán pasibles a la sociedad y los directores o síndicos responsables, del máximo de la multa contemplada en los artículos 13 de la Ley Nº 22.315 y 302, inciso 3, de la Ley Nº 19.550, sin perjuicio, cuando corresponda, de la declaración de irregularidad e ineficacia del acto a los efectos administrativos".

Por su parte las NT CNV identifican las funciones del veedor de la siguiente manera: "Art. 20. — El funcionario de la Comisión actuará en las asambleas y reuniones de los otros órganos sociales en carácter de inspector con función de veeduría. En estos casos, su presencia no convalida el acto ni las resoluciones adoptadas. Sin perjuicio de ello, tendrá las siguientes facultades: a) Verificar el cumplimiento de las formalidades legales, reglamentarias y estatutarias en lo concerniente a la convocatoria, libro de asistencia, derecho de asistencia, representaciones, *quorum*, orden del día, votación, cuarto intermedio, actas y demás actos y recaudos relativos al acto asambleario y reunión del órgano societario pertinente. b) Verificar si la asamblea y/o reunión se celebra en orden y se respetan los derechos de los asistentes. c) Anotar resumidamente lo tratado y, especialmente, el resultado de cada votación, individualizando, las impugnaciones, abstenciones, votos en contra y toda otra circunstancia relevante en relación al desarrollo y a las decisiones adoptadas. d) Verificar el cierre del libro de asistencia a las asambleas en oportunidad del acto asambleario correspondiente y, al vencimiento del plazo, el cierre del libro de depósito y comunicaciones de asistencia a asambleas. e) Requerir pronunciamiento de la asamblea sobre la admisibilidad de la participación de los asistentes, cuando les haya sido negado el depósito en término de sus valores negociables o certificados respectivos o la inscripción en el libro de asistencia o que haga sus veces, cuando ello sea acreditado fehacientemente por quien pretende su participación. f) Verificar que los poderes otorgados por los accionistas, asociados, obligacionistas o beneficiarios para que se los represente en la asamblea, reúnan los recaudos legales. g) Activar, en todos los casos en que se verifique retraso injustificado en el comienzo de la sesión, los procedimientos tendientes a que la misma tenga lugar y, eventualmente, invitar a los legitimados para intervenir en el acto asambleario y/o reunión de los órganos sociales a designar presidente. h) Solicitar al presidente de la asamblea o reunión, para el caso de que exista desorden en el acto asambleario, a que los participantes se conduzcan dentro de los canales de participación igualitaria, y moderada con derecho a expresarse y escucharse para que el acto se celebre en legal forma. i) Verificar que el *quorum* se conserve durante el transcurso de la asamblea y/o reunión de los órganos sociales, debiendo observar, en caso de quiebra del mismo, que la sesión sea levantada. j) Verificar el libro de actas de directorio y/o de los demás órganos sociales. k) Informar a la Comisión sobre el acto asambleario y/o reunión de los órganos sociales. La concurrencia del veedor a las reuniones de los órganos de administración y fiscalización deberá efectuarse por petición fundada del interesado".

debentures con garantía común o con garantía flotante[24], por expresa disposición del art. 345 de la LS que los habilita a asistir a las asambleas con voz y sin voto.

4.7. Titulares de bonos de goce y bonos de participación

Los bonos de goce pueden ser emitidos por la sociedad anónima a favor de los titulares de acciones totalmente amortizadas, que dan derecho a participar en las ganancias de la sociedad y, en caso de disolución, en el producido de la liquidación, después de reembolsado el valor nominal de las acciones no amortizadas. Además, gozarán de los derechos que el estatuto les reconozca expresamente.

Los bonos de participación, por su parte, pueden ser emitidos a cambio de prestaciones que no sean aportes de capital y que sólo dan a sus tenedores, derecho a participar en las ganancias de ejercicio. Éstos también pueden ser adjudicados al personal de la sociedad denominándose entonces “bonos de participación para el personal” que, en consideración de sus características particulares, son intransferibles y caducan con la extinción de la relación laboral por cualquier causa.

Los titulares de bonos de goce estarían facultados para participar en la asamblea en la medida en que el estatuto les otorgara esta facultad, conforme a lo establecido en el art. 228, *in fine*, de la LS. Si bien la ley no se refiere a la participación de los titulares de bonos de participación en la asamblea, podría interpretarse una limitación en tal sentido en el lenguaje del art. 229, *in fine*, que establece que los mismos “Sólo dan derecho a participar en las ganancias de ejercicio”.

En este caso, también los que estuvieran habilitados podrían concurrir a la asamblea a través de sus representantes.

Finalmente, el art. 232, LS, determina que la modificación de las condiciones de los bonos requiere la conformidad de los tenedores de su mayoría absoluta de la clase respectiva, expresada en asamblea extraordinaria convocada por la sociedad al afecto.

4.8. Terceros asesores

La participación de terceros asesores es en principio ajena al órgano y contraria a los principios de confidencialidad en materia de negocios socia-

(24) Vale señalar que los *debentures* con garantía común son aquellos que en principio permiten el cobro del crédito *pari passu* con los acreedores quirografarios, es decir, los que no están investidos por privilegios que respalden su derecho a cobrar (art. 332, LS), y los *debentures* con garantía flotante son los que afectan a su pago todos los derechos, bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros o una parte de ellos, de la sociedad emisora, y otorga los privilegios que corresponden a la prenda, a la hipoteca o la anticresis, según el caso (art. 327, LS).

les, sin perjuicio de lo cual, nada obstaría a que el estatuto, o bien los accionistas, por decisión unánime y en el caso puntual, autorizaran el ingreso de los mismos al acto asambleario si su presencia estuviera justificada en el interés social o de los socios.

5. *Quorum* y mayorías. Distintos supuestos

5.1. *Quorum*

El *quorum* representa el número de accionistas cuya presencia es necesaria para que la asamblea pueda constituirse, deliberar y decidir válidamente las cuestiones incluidas en el orden del día.

En tal sentido, el art. 243 de la LS establece que la constitución de la asamblea ordinaria en primera convocatoria, requiere —como mínimo— la presencia de accionistas que representen la mayoría de las acciones con derecho a voto y en segunda convocatoria cualquiera que sea el número de esas acciones presentes. Esto último es lógico, si se considera que se reserva a las asambleas ordinarias el tratamiento de todos los temas referidos a la marcha de los negocios sociales que hacen posible el cumplimiento del objeto social, y que no afecten de manera sustancial los caracteres esenciales o estructura jurídica de la sociedad. De esta forma, la ausencia —indiferente o maliciosa— por parte de determinados accionistas no impide su funcionamiento.

Por su parte, el art. 244 de la LS ordena que la asamblea extraordinaria se reúna en primera convocatoria con la presencia de accionistas que representen el 60 % de las acciones con derecho a voto, si el estatuto no exige un *quorum* mayor, y que en la segunda convocatoria se requiere la concurrencia de accionistas que representen el 30 % de las acciones con derecho a voto, salvo que el estatuto fije uno mayor o menor. Éste, agravado en relación con aquel exigido para la constitución de la asamblea ordinaria, se justifica también en las competencias atribuidas a este tipo de asamblea, que tal como fuera explicado, se refieren a decisiones que exceden la marcha ordinaria de los negocios sociales y afectan de manera sustancial los caracteres esenciales de la sociedad.

De lo expuesto hasta aquí surge que, conforme a las disposiciones de la LS, el *quorum* debe ser calculado con base en las acciones con derecho a voto sobre determinada decisión y no sobre la base de la totalidad del capital.

Esto permite concluir que las acciones que se encuentran bajo titularidad de la sociedad, o en exceso en relación con las limitaciones de los arts. 31 y 32, LS, explicadas anteriormente, o las que se encuentren en mora en su integración, o aquellas cuyos titulares deban abstenerse de votar en los términos de los arts. 241 y 248, LS, por ostentar intereses contrarios al interés social, deben ser excluidas del cómputo del *quorum*.

En cuanto a la oportunidad, puede afirmarse que el *quorum* debe verificarse al momento de la constitución de la asamblea y en todo momento durante su desarrollo, en tanto como se dijo, se trata de un requisito para la validez de la deliberación y decisión de las cuestiones incluidas en el orden del día. Podría ocurrir entonces, que iniciado el acto asambleario, habiéndose verificado oportunamente el número requerido para una asamblea en primera convocatoria, se produjera una disminución en la presencia de los accionistas titulares de las acciones con derecho a voto que afectara dicho número. En este caso, si se cumplieran las condiciones a tal fin, la asamblea podría continuar la deliberación en segunda convocatoria; si no, la asamblea debería considerarse fracasada. Este último supuesto se daría únicamente en el caso de la asamblea extraordinaria, en tanto, tal como fuera explicado, la asamblea ordinaria se considerará válidamente constituida en segunda convocatoria, cualquiera que sea el número de las acciones presentes.

5.2. Mayorías

En las SA rige el principio de las mayorías para la adopción de las decisiones, es decir entonces, que las resoluciones sociales serán adoptadas según el criterio que adopte la mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse en una determinada decisión, obligando de esta forma tanto a la sociedad como a la minoría formada por aquellos socios que hubieren votado en sentido contrario y quienes, a menos que estén en condiciones de ejercer el derecho de receso, deberán aceptar la voluntad de la mayoría.

Las mayorías podrían ser definidas como la cantidad de votos coincidentes que, sobre un determinado total de votantes, deben pronunciarse en relación con una determinada decisión. En todos los casos, como se dijo, la LS establece que las resoluciones serán tomadas por mayoría absoluta, salvo cuando el estatuto exija mayor número. Debe entenderse entonces, por mayoría absoluta, a aquella que representa el voto de más de la mitad que pueden expedirse en relación con una decisión determinada.

La abstención de voto es también una posibilidad para los accionistas presentes en la asamblea, ya sea por exigencia expresa de la LS, en casos como el contemplado en el art. 248 ya analizado, o bien por el ejercicio voluntario de esta posibilidad ante la indecisión o voluntad de mantenerse al margen de determinada cuestión. Cuando esta abstención obedece al cumplimiento de una exigencia legal, las acciones afectadas no deben ser contabilizadas para el cómputo de la mayoría. Sin embargo cuando se trate de una abstención voluntaria de un voto válidamente emitible en relación con una decisión determinada, las acciones afectadas serán contabilizadas[(25)].

(25) En sentido contrario, las NT CNV establecen en su art. 7º: "Las resoluciones asamblearias —salvo el supuesto del artículo 244 último párrafo de la Ley Nº 19.550— deberán

5.3. Supuestos especiales

El art. 244 de la LS dispone que ante supuestos especiales de suma importancia para la sociedad, que deben ser tratados en asamblea extraordinaria por afectar su estructura jurídica o incluso la subsistencia de la misma, no podrá aplicarse la pluralidad de voto propia de las acciones privilegiadas previstas en el art. 216 de la ley. Son supuestos especiales a los fines de este artículo: a) la transformación; b) la prórroga o reconducción excepto en las sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones; c) la disolución anticipada de la sociedad; d) la transferencia del domicilio al extranjero; e) el cambio fundamental del objeto; f) la reintegración total o parcial del capital, y g) la fusión y la escisión, salvo respecto de la sociedad incorporante que se regirá por las normas sobre aumento de capital.

5.4. Desarrollo de la asamblea

5.4.1. Presidencia de la asamblea

Conforme lo establece el art. 242 de la LS, las asambleas serán presididas por el presidente del directorio o su reemplazante, o, en su defecto, por la persona que designara la asamblea cuando en la misma se deban tratar temas que los afecten directamente . En los casos en que la asamblea haya sido convocada por el juez o la autoridad de contralor, la misma será presidida por el funcionario que éstos designen.

5.4.2. Desarrollo

Cumplidas las formalidades analizadas *supra*, en cuanto a la debida convocatoria de la asamblea, la comunicación y registro de asistencia de los accionistas, la presencia de los miembros de los órganos sociales y verificada la existencia de *quorum*, quien preside debe dar inicio al acto asambleario mencionando el carácter de la asamblea y el motivo por el que se ha convocado, enumerando a los accionistas presentes y señalando qué porcentaje del capital representan.

Hecha la debida introducción, el presidente de la asamblea propondrá el tratamiento del primer tema enumerado en el orden del día, brindando las aclaraciones que correspondan al punto y abriendo la deliberación para que los accionistas presentes expongan sus opiniones al respecto.

Durante la deliberación, los socios ejercerán su derecho a ser oídos tanto por sus pares como por la sociedad a través de sus representantes. En

---

ser tomadas por el voto favorable de la mayoría absoluta de las acciones con derecho a voto presentes en el acto, excluyéndose del cómputo las abstenciones y aquellas sobre cuyo titular pese prohibición legal de votar".

ese contexto podrán expresar libremente sus opiniones respetando, por supuesto, la organización del acto, el decoro y el derecho de los otros socios a ejercer debidamente el mismo derecho. En este caso, será el presidente de la asamblea quien, en ejercicio de sus facultades de conducción, deberá arbitrar los medios a tal fin. Los accionistas podrán además solicitar a los miembros de los órganos sociales de participación obligatoria, las explicaciones que estimen pertinentes para la posterior toma de decisiones. Vale destacar que, llegado el momento de la asamblea, los socios han tenido oportunidad de informarse e incluso asesorarse en relación con temas del orden del día, por lo que en esta instancia el derecho a la información puede ejercerse con mayor utilidad.

Agotada esta etapa de deliberación y consulta sobre cada uno de los puntos del orden del día, el presidente invitará a los socios que están habilitados a tal fin a pronunciar su voto. Éste puede definirse como una manifestación unilateral de la voluntad del socio, en sentido positivo o afirmativo, en relación con una cuestión determinada llevada a su consideración. Es, como se dijo, el derecho político más importante en tanto, a partir de la emisión de su mismo, el socio participa directamente en la toma de decisiones de la sociedad.

En este punto resulta relevante recordar que el art. 241 de la LS determina que los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia y gerentes generales no pueden votar en las decisiones vinculadas con la aprobación de sus actos de gestión y las resoluciones atinentes a su responsabilidad o remoción con causa. En similar sentido, el art. 248 establece que el accionista o su representante, que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, tiene obligación de abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquélla, siendo responsable de los daños y perjuicios, si contraviniese esta disposición, cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida.

Tal como se mencionara en la introducción, el interés social podría ser definido como el interés de la sociedad tendiente a dar cumplimiento a su objeto social y maximizar sus beneficios. Este interés no debe ser confundido con el interés de la mayoría que no necesariamente refleja el interés social, en tanto de así hacerlo, se llegaría al absurdo de creer que un voto en minoría sería pasible de ser declarado nulo por su contradicción con el interés social.

Concluida la votación, quien preside la asamblea deberá informar el resultado de la misma tomando en consideración las mayorías requeridas para el punto particular bajo tratamiento, e invitar a los participantes a deliberar el siguiente punto del orden del día.

Conforme a lo establecido por el art. 247 de la LS, la asamblea puede disponer por única vez y mediante simple mayoría, el pase a cuarto intermedio a fin de continuar la deliberación y resolución de los puntos del orden

del día dentro de los 30 días siguientes. Dado que se trata solamente de una suspensión temporaria de la asamblea, sólo podrán participar en la reunión los accionistas que hubieren cumplido sus obligaciones de comunicación y registración de asistencia a la asamblea. En este caso, y en tanto se trata de la misma asamblea, no se requerirá una nueva convocatoria ni se podrá alterar el orden del día propuesto originalmente.

Una vez deliberados y votados todos y cada uno de los puntos del orden del día, y aquellos que por conexidad hayan sido puestos a deliberación de los socios, el presidente dará lectura al acta de asamblea que deberá reflejar de manera resumida las manifestaciones hechas en la deliberación y el sentido de las votaciones y sus resultados con expresión completa de las decisiones adoptadas.

Hecho esto, se cerrará formalmente el acto asambleario.

5.4.3. Intervención de la autoridad de contralor

Párrafo aparte merece la participación de los funcionarios del Registro Público o la CNV cuando corresponda quienes —además de presidir la asamblea si correspondiera— podrán ejercer funciones de veedores de la legalidad del acto asambleario debiendo velar por el cumplimiento de la ley y el estatuto, así como por el respeto de los derechos de los socios.

5.4.4. Actas de asamblea

El art. 73 de la LS establece que las actas de las asambleas de las SA serán firmadas dentro de los 5 días por el presidente y los socios designados al efecto. Esto obedece a que la necesidad de copiar las actas al libro de actas de asamblea hace que no siempre la misma quede firmada al momento del cierre. Los socios que así lo deseen podrán requerir —a su costa— copia del acta firmada(26). En tanto se trata de un libro de comercio, y conforme se anticipara, el libro de actas de asamblea deberá cumplir con las formalidades exigidas para los mismos, es decir, que no debe presentar raspaduras, huecos, blancos, mutilaciones, alteraciones, enmiendas o tachaduras sin salvar. Asimismo, deberá estar encuadernado, foliado y rubricado por el Registro Público.

En este sentido, el art. 152 de la res. 7 establece que el inspector que concurra a la asamblea deberá verificar el cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y estatutarias aplicables, desde la convocatoria al acto hasta el contenido del acta que lo documente, a cuyo fin requerirá los libros socia-

---

(26) El art. 73 de la LSC ordena que las actas de asambleas de las sociedades por acciones deben ser confeccionadas y firmadas dentro de los cinco días por el presidente y los socios designados al efecto (CNCom., sala B, 26/11/2009, "Comisión Nacional de Valores v. Transportadora de Gas del Norte s/organismos externos", IJ-XXXVIII-5).

les y contables y demás documentación necesarios que el directorio de la sociedad debe tener a su disposición en oportunidad de la reunión. Asimismo, deberá verificar si las registraciones y actas se encuentran al día y en su caso firmadas debidamente, dejando constancia en su informe de cualquier omisión o irregularidad que advierta. Por su parte, el art. 20 de las Normas de la CNV(27), establece que las actas de reuniones de los órganos sociales que deben presentar las entidades ante la CNV, deberán estar transcriptas por medios mecánicos o electrónicos adecuados, debiendo constar en todos los casos las firmas con su aclaración(28).

Llevado entonces en debida forma, creará una presunción *iuris tantum* de veracidad de los hechos en él consignados, sirviendo entonces como prueba en juicio.

5.4.5. Ejecución de las decisiones

Finalmente y como se dijo, el directorio será el encargado de ejecutar e implementar las decisiones adoptadas por la asamblea, así como de proceder a las inscripciones ante los organismos de contralor competentes y la publicación de las decisiones cuando corresponda. Así, por ejemplo, el art. 60 de la LS ordena que toda designación o cesación de administradores de la SA debe ser publicada e inscripta en los registros correspondientes. En este sentido, vale recordar que sin perjuicio de que, como se dijo, las resoluciones adoptadas por la asamblea de conformidad con la ley y el estatuto son obligatorias para todos los accionistas, la inscripción y publicación las hará oponibles a terceros en los términos de lo establecido por el art. 12 de la LS(29).

---

(27) Res. gral. CNV, 622/2013, que aprueba las Normas de la Comisión Nacional de Valores (NT 2013).

(28) "La LS habla de un 'libro especial', es decir, dedicado exclusivamente a esa finalidad: la transcripción de las actas. No obstante, en el caso de la SA no se distingue entre libro de actas de asamblea y de directorio, autorizando a deducir que, como hasta ahora, podrán ser volcadas en un libro único, aunque la modalidad predominante es, precisamente, la opuesta, o sea, la apertura y mantenimiento de dos libros de actas, uno para las asambleas y otro para las reuniones del directorio. Se faculta a la sociedad para que confeccione el acta de asamblea dentro de los cinco días de la celebración del acto, debiendo estar firmadas, dentro de igual plazo, por el presidente y los socios designados al efecto (art. 242). Adviértase que la innovación es de importancia: se elimina la ficción de la confección simultánea del acta, a la par de las deliberaciones, o bien de la confección inmediatamente posterior al cierre. Se acepta la realidad, consistente en la redacción del acta sobre la base de los apuntes tomados por la presidencia o los secretarios, configurando un proyecto de acta sometido a la consideración de los interesados y, especialmente, a los refrendatarios que deberán avalarla con su firma" (CAMPI, GERMÁN, *Documentación y contabilidad en la Ley de Sociedades Comerciales*, IJ Editores, 15/11/2010).

(29) De la misma manera, el art. 4º de las NT CNV establecen las formalidades a cumplir en relación con las asambleas realizadas por las entidades sometidas a su supervisión, entre las cuales se destacan las siguientes: presentación del síntesis de lo resuelto en cada

6. Derecho de receso. Supuestos que autorizan su ejercicio. Plazos

Tal como se señalara *supra*, en las SA rige el principio de las mayorías para la adopción de las decisiones, lo que implica que los socios que han votado en minoría y en disconformidad con aquello que ha votado la mayoría, bajo los términos establecidos por la ley y el estatuto, deben aceptar la decisión adoptada.

El régimen de mayorías parece ser el más adecuado para la toma de decisiones sociales, en tanto la exigencia de unanimidad que aseguraría la conformidad de todos los accionistas para la toma de las decisiones inherentes a la vida de la sociedad, llevaría probablemente en la práctica a la paralización de la sociedad, en tanto se trataría de un parámetro de muy difícil y hasta de imposible cumplimiento. Nada obsta, sin embargo, a que las partes —conscientes de la complejidad que esto podría acarrear— decidan exigir la unanimidad para la toma de determinadas decisiones puntuales de relevancia fundamental para la sociedad, mediante su previsión específica en el estatuto.

Sin embargo, el principio de las mayorías puede dar lugar a situaciones en las que determinados socios, disconformes con las decisiones adoptadas, se vean seriamente afectados en su patrimonio, o bien consideren alterados sustancialmente los presupuestos que dieron lugar a su incorporación a la sociedad, incluso de manera tal que de haberlas conocido inicialmente no hubieran dado lugar a su incorporación.

A fin de equilibrar los derechos de las mayorías, que válidamente adoptan las decisiones que consideran adecuadas para el cumplimiento del objeto social, y las minorías que se ven afectadas por ellas, la LS prevé la posibilidad de ejercicio del derecho de receso mediante el cual los accionistas disconformes con la toma de determinadas decisiones en asamblea pueden separarse de la sociedad con reembolso del valor de sus acciones.

El efecto principal del ejercicio de este derecho es la extinción del vínculo del socio recedente con la sociedad, lo cual genera la obligación para ésta de reembolsar el valor de las acciones correspondientes. Se trata, entonces, de una situación excepcional, en tanto el reembolso del valor de las acciones del socio recedente produce un efecto inmediato en la sociedad y como tal, sólo esté reservada para las determinadas decisiones de marcada trascendencia.

La LS determina que es nula toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave las condiciones de su ejercicio, es decir, que si bien este de-

---

punto del orden del día y nómina de integrantes de los órganos de administración, fiscalización y auditor externo designados en la asamblea, acta de la asamblea, con identificación de sus firmantes, y copia del registro de asistencia, en soporte papel, etcétera.

recho puede ser reglamentado estatutariamente, dicha reglamentación no puede tener por efecto práctico la obstaculización de su ejercicio.

6.1. Causales que dan lugar al ejercicio del derecho

El art. 245 de la LS ordena que el ejercicio del derecho sólo puede plantearse ante la toma de las siguientes decisiones:

1. transformación,
2. prórroga o reconducción en sociedades cerradas, es decir, las que no hacen oferta pública de sus acciones,
3. transferencia del domicilio al extranjero,
4. cambio fundamental del objeto,
5. reintegración total o parcial del capital,
6. fusión y escisión, salvo en el de los accionistas de la sociedad incorporante y los accionistas de sociedades que hacen ofertas públicas de sus acciones o se hallan autorizadas para la cotización de las mismas, si las acciones que deben recibir en su consecuencia estuviesen admitidas a la oferta pública o para la cotización, según el caso. Podrán ejercerlo sin embargo, si la inscripción bajo dichos regímenes fuese desistida o denegada,
7. aumentos de capital que competan a la asamblea extraordinaria y que impliquen desembolso para el socio,
8. retiro voluntario de la oferta pública o de la cotización de las acciones,
9. continuación de la sociedad luego de habérsele retirado por resolución firme la autorización para funcionar en razón del objeto

Asimismo establece que nada obsta a que el estatuto prevea otras causales.

Vale destacar que para que el derecho de receso proceda, será lógicamente necesario que la decisión que dio lugar a su ejercicio sea válida, es decir, que no haya sido declarada nula, en tanto en este último caso el ejercicio del derecho carecería de causa.

6.2. Legitimados para ejercer el derecho

Según la LS, el ejercicio de este derecho se encuentra reservado a los accionistas presentes que votaron en contra de la decisión cuestionada y a los ausentes a la asamblea que acrediten la calidad de accionistas al tiempo de ella. De esta forma, los accionistas que se hayan abstenido de votar no que-

darían incluidos en la enumeración. Teniendo en cuenta la finalidad de este derecho, podría afirmarse que se encontrarían también legitimados a receder, aquellos accionistas que hubieren obtenido una declaración de nulidad de su voto por vicio de la voluntad, caso en el cual y simultáneamente con este planteo, debería tenersese en cuenta la voluntad de ejercicio del derecho.

Vale destacar que el socio deberá ostentar la calidad de tal, tanto al momento de la toma de la decisión objetada por parte de la sociedad como al momento de entablar su pretensión de receder.

6.3. Plazos y forma para el ejercicio

En el caso de los accionistas presentes que votaron en contra, el derecho deberá ejercerse dentro del quinto día de la clausura de la asamblea, y en el caso de los ausentes, dentro de los 15 días de tal evento. Vale señalar que en la circunstancia mencionada en el punto 6, *supra*, el plazo se contará desde que la sociedad comunique la denegatoria o el desistimiento mediante avisos por 3 días en el diario de publicaciones legales y en uno de los que tenga mayor circulación en la República.

La diferencia de plazos de ejercicio entre los accionistas presentes, que votaron en contra, y los ausentes, se justifica en el hecho de que estos últimos deberán tomar conocimiento de lo resuelto en la asamblea una vez puesta a disposición de los mismos la información en tal sentido. Debe recordarse que el art. 73 de la LS ordena que las actas de las asambleas serán confeccionadas y firmadas dentro de los 5 días de realizada la asamblea, de manera que el plazo previsto para el caso de los presentes que tomaron conocimiento de la decisión en el mismo acto asambleario, resultaría insuficiente.

En cuanto a la forma, nada dice la LS, sin perjuicio de lo cual, y a los fines de acreditar el ejercicio del derecho en debido tiempo, resulta conveniente realizar una notificación clara y fehaciente (por escrito) dirigida al presidente del directorio.

6.4. Opciones para la sociedad

Planteado entonces el derecho de receso en tiempo y forma por el accionista, la sociedad tiene dos opciones: aceptar el requerimiento fijando el valor del reembolso y procediendo al mismo en los términos de ley, o bien, revocar la decisión que dio origen al receso mediante asamblea extraordinaria convocada al efecto a celebrarse dentro de los 60 días de expirado el plazo para el ejercicio del derecho por los ausentes, es decir, 15 días de la clausura de la asamblea.

En este último caso, el receso se tendrá por no ejercido y los recedentes readquirirán sin más el ejercicio de sus derechos retrotrayéndose los de naturaleza patrimonial al momento en que se notificaron.

6.5. Cálculo del reembolso

Si la sociedad optara por aceptar el receso y mantener firme la decisión que le diera lugar, deberá establecerse el valor del reembolso debido al socio. A tal fin, la LS dispone que las acciones se reembolsaran por el valor resultante del último balance realizado o que deba realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias ajustado a la fecha del efectivo de pago[30], que deberá efectuarse dentro del año de la clausura de la asamblea que originó el receso, o en los casos explicados en los puntos 6 y 8, dentro de los 60 días desde la clausura de la asamblea, o desde que se publique el desistimiento, la denegatoria o la aprobación del retiro voluntario.

A los fines de este cálculo, debe tomarse el último balance aprobado de la sociedad que puede ser tanto un balance de cierre de ejercicio como un balance especial realizado, por ejemplo, a los fines de encarar la transformación, fusión o escisión de la sociedad. Al referirse al último balance que deba realizarse, la LS permite concluir que existiendo la obligación legal de hacerse y habiéndose omitido, el accionista recedente tendría derecho a exigir que el balance sea realizado a los fines del cálculo del reembolso.

Mucho se ha dicho en relación con esta previsión, en tanto la finalidad de un balance de cierre de ejercicio no es la de reflejar fehacientemente el valor de la acción. De esta forma, una valuación basada en el mismo —por ser el último balance aprobado— podría menospreciar el valor de la participación provocando un perjuicio evidente para el socio y un beneficio indebido para la sociedad. La situación parece morigerarse en el caso de la utilización de un balance especial realizado a los fines, por ejemplo, de una fusión, en tanto dadas las características de este tipo de reorganización societaria la determinación de la relación de cambio de las acciones entre las sociedades fusionantes haría más idóneo el balance a los fines del ejercicio del derecho.

Teniendo en cuenta esta situación, la jurisprudencia y la doctrina han aceptado la posibilidad del socio de requerir la confección de un balance especial a los fines del reembolso al socio por entender que este último reflejaría con mayor justicia y precisión el valor de la participación del socio recedente. De no aceptarse esta interpretación, se estaría desvirtuando el fin del derecho en tanto se desalentaría al socio disconforme a ejercer su derecho o, peor aún, se lo penalizaría reintegrándole un valor menor al correspondiente, en caso de ejercerlo.

---

(30) Al momento de redacción del presente, esta disposición de la LS se encontraría afectada por lo dispuesto en el art. 4° de la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario 25.561 que establece: "Art. 7°. — El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera que fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley".

Vale destacar que de darse este último caso, el balance sería susceptible de impugnación por parte del recedente —no ya de aprobación por haber quedado excluido de la sociedad desde el momento en que notificara a la misma su deseo de receder— en tanto el mismo podría haber sido manipulado a fin de alterar el valor del reembolso en perjuicio del accionista recedente.

6.6. Efectos del receso

Tal como se mencionara *supra*, y dado que se trata de una declaración recepticia —entendiendo por tal a aquella que para producir sus efectos debe haber llegado a la esfera propia del destinatario sin requerir aprobación de este último—, el receso produce efectos desde el momento mismo en que el socio recedente notifica a la sociedad su deseo de receder, quedando automáticamente excluido de la misma por extinción del vínculo y perdiendo consecuentemente todos los derechos inherentes a la calidad de socio.

A partir de ese momento, puede considerarse al recedente como a una suerte de tercero acreedor de la sociedad, sin perjuicio de que ésta podría reconocerle ciertos derechos vinculados a la conservación de sus intereses, por ejemplo, habilitándole la participación con voz pero sin voto en las asambleas en las que se discutiera la aprobación del balance que serviría de base al reembolso.

Sin embargo, podría decirse que el ejercicio del derecho se encuentra sometido a la condición de que la sociedad revoque la decisión que diera lugar al receso, o bien, aunque no previsto en la LS, el recedente no manifieste fehacientemente su renuncia al derecho ya ejercido, es decir, su arrepentimiento en relación con su retiro de la sociedad. En tales circunstancias, y conforme lo establece la LS para el primer caso, los recedentes readquirirían sin más el ejercicio de sus derechos retrotrayéndose los de naturaleza patrimonial al momento en que notificaron el receso.

Si ninguna de las condiciones mencionadas en el párrafo anterior ocurriera, el derecho quedará firme y la sociedad deberá proceder al reembolso.

En relación con la sociedad, podría decirse que el efecto propio del receso sería la reducción del capital y la consecuente cancelación de las acciones que le dieron objeto. En este caso, aplicarían las previsiones del art. 204 de la LS, que ordena la publicación de la decisión de reducir el capital por 3 días mediante un aviso en el diario de publicaciones legales y en uno de los diarios de mayor circulación general de la jurisdicción de la sociedad, la posibilidad de los acreedores de solicitar ser desinteresados o debidamente garantizados por las deudas originadas contra la sociedad en forma previa a la reducción y la posterior inscripción de la reducción en el Registro Público.

Sin embargo, estas previsiones no regirán cuando la sociedad decida adquirir sus propias acciones conforme a lo establecido en el art. 220, inc. 2°, de la LS procediendo al reembolso de las mismas con ganancias realizadas

y líquidas o sus reservas de libre disponibilidad, en tanto en este caso no se produciría la reducción de su capital. Lo mismo ocurriría si se decidiera la asignación de las acciones entre los socios.

7. El conflicto societario. Impugnación de las resoluciones asamblearias. Su judiciabilidad. Jurisprudencia

El art. 251 de la LS establece que toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad. Esta previsión es consistente con el principio que ordena que sólo la adopción de decisiones por parte de la asamblea bajo los términos establecidos por la ley y el estatuto obliga a la sociedad y a los accionistas.

La impugnación persigue la anulación de la resolución asamblearia, sin perjuicio de que, además, la sociedad y los socios podrán reclamar la reparación del daño producido a los mismos como consecuencia de su adopción.

El art. 386 del Código Civil y Comercial (CCyCN) establece que son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres y que son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas.

Los vicios que podrían dar lugar al inicio de una acción de impugnación podrían estar referidos a la violación de normas de orden público o derechos inderogables de los accionistas. Así, por ejemplo, podrían referirse a la toma de una decisión con objeto ilícito, o al haberse falseado la realización de la asamblea que se supone adoptó la decisión impugnada, o a la falta de convocatoria o publicación de una asamblea que aun así haya sido celebrada, etc. Como tales, estas violaciones afectan no sólo el interés del impugnante, sino también el orden público. De esta forma y conforme a lo establecido en el CCyCN, estos actos serían nulos de nulidad absoluta.

Por otra parte, los vicios podrían ser formales entendiendo por tales a aquellos que afectaran de manera no sustancial la convocatoria, constitución o funcionamiento de la asamblea, la competencia de la misma para tratar los temas sometidos a su decisión, al cómputo de las mayorías y condiciones en que se efectuaron las votaciones, etc. En este caso podría señalarse que se trata de vicios que afectan a la sociedad o a los socios, pero que en principio no contravendrían el orden público, la moral o las buenas costumbres. De esta forma y conforme a lo establecido en el CCyCN, estos actos serían nulos de nulidad relativa.

Resulta importante destacar, que la LS no hace distinción en relación con el tipo de asamblea en el marco de la cual se ha tomado la decisión sujeta a impugnación, de manera que la acción procede contra decisiones adoptadas en cualquier tipo de asamblea.

7.1. Legitimados para ejercer el derecho

Pueden iniciar la acción de impugnación los siguientes sujetos que acrediten su condición de tales:

- los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión, categoría que incluiría a quienes se hubieren abstenido de votar por poseer un interés contrario al social[31];
- los accionistas ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada;
- los accionistas que votaron favorablemente si su voto es anulable por vicio de la voluntad;
- los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor.

Podría incluirse también otros sujetos afectados directamente por la decisión, como, por ejemplo, los tenedores de bonos o *debentures*.

7.2. Plazos según el tipo de nulidad, forma de ejercicio y efectos

7.2.1. Plazos

La acción de impugnación deberá ser promovida contra la sociedad dentro de los 3 meses de clausurada la asamblea. Este breve plazo de caducidad se justifica en la necesidad de dar certeza y firmeza a las decisiones asamblearias adoptadas que, en virtud de esta disposición, serían susceptibles de ser impugnadas exclusivamente durante éste, quedando entonces firmes una vez transcurrido el mismo.

Sin embargo, existen dos cuestiones que hacen que este plazo no resulte necesariamente aplicable. En primer término, debe tenerse en cuenta que en forma previa al inicio de la acción judicial de impugnación, deberá cumplirse con el trámite de mediación obligatoria (ley 26.589). Conforme a la misma, la interposición del pedido de mediación suspende este plazo de impugnación desde la notificación de la primera audiencia o desde su celebración, lo que ocurra primero, o desde la adjudicación del mediador por la autoridad judicial. Este plazo se reanuda a partir de los 20 días desde que el acta de cierre de la mediación se encuentre a disposición de las partes. De esta forma, el plazo establecido por la LS se extenderá considerablemente.

---

(31) Corresponde tener por acreditada la condición de accionista de quien promueve una demanda de nulidad de decisiones asamblearias, pues el acta de la asamblea impugnada y el informe expedido por el síndico de la sociedad, resultan *prima facie* suficientes a tal fin, lo cual lo legitima para peticionar la medida cautelar prevista en el art. 252 de la ley 19.550 (CNCom., sala D, 5/3/2008, "IATE SA c. Central Térmica Sorrento SA s/ordinario", IJ-XXXI-214).

Por otra parte, cuando la nulidad se solicite con sustento en la afectación de normas de orden público, es decir, que el acto impugnado sea nulo de nulidad absoluta, la acción será imprescriptible por aplicación del art. 387 del CCyCN que establece que el acto no puede sanearse mediante su confirmación(32).

Es decir entonces, que sólo la impugnación de actos nulos de nulidad relativa quedará sometida al plazo de la LS y siempre tomando en consideración la suspensión provocada por el proceso de mediación obligatoria.

7.2.2. Procedimiento y efectos

La acción de impugnación deberá ser promovida contra la sociedad, por ante el juez de su domicilio. Vale destacar que dado que la acción se promueve contra la sociedad y que en consecuencia la misma actuará a través de sus representantes, el art. 253 de la LS establece que cuando la acción sea intentada por la mayoría de los directores o de miembros del consejo de vigilancia, los accionistas que votaron favorablemente designarán por mayoría un representante *ad hoc* en asamblea especial convocada al efecto. Esto, por supuesto, por el evidente conflicto de intereses que existiría en el caso. Si no se alcanzare esa mayoría en la asamblea, el representante será designado de entre ellos por el juez.

El art. 253 de la LS establece que el juicio por impugnación deberá sustanciarse después de vencido el término de 3 meses establecido por el art. 251. A su vez, ordena que cuando exista pluralidad de acciones, deberán acumularse para su sustanciación y resolución exigiendo a tal fin al directorio la denuncia de la existencia de otras impugnaciones con el mismo objeto en cada expediente iniciado. A partir de este procedimiento —beneficioso además en términos de economía procesal— se asegura la unificación y consistencia de los resultados obtenidos.

Un elemento importante para asegurar la efectividad de este instituto es la posibilidad que el art. 252 de la LS otorga al accionante de solicitar al juez la traba de medidas cautelares a fin de evitar que se tornen ilusorios sus resultados. De esta forma, en el marco de la acción de impugnación y a pedido de parte, el juez interviniente podrá suspender la ejecución de la re-

---

(32) "La Ley 19.550 admite la posibilidad de impugnar las decisiones de la asamblea cuando las mismas hayan violado la ley, el estatuto o el reglamento de la sociedad, pero no diferencia entre ninguno de los temas incluidos en los arts. 234 y 235 de ese ordenamiento legal. No debiera por ello existir ningún obstáculo para proceder a la declaración de nulidad de una decisión asamblearia, y a la eventual suspensión provisoria de su ejecución, si la misma se refiere a balances, a remuneraciones, a aumento de capital, etc., siempre y cuando se acredite la violación de la ley, en sentido amplio. Todos ellos constituyen actos jurídicos cuya nulidad es susceptible de ser declarado, cuando los mismos violan las expresas normas legales que se refieren a ellos, formal como sustancialmente" (PARDINI, MARTA G., ob. cit.).

solución impugnada hasta tanto se resuelva el fondo de la cuestión siempre y cuando existieren motivos graves y no mediare perjuicio para terceros y previa garantía suficiente del solicitante para responder por los daños que dicha medida pudiere causar a la sociedad. Sin perjuicio del lenguaje del artículo que haría alusión a una impugnación ya iniciada, nada obstaría a que se este pedido se realizara mediante la solicitud de una medida cautelar autónoma en la medida en que fuera procedente, y a condición de iniciarse posteriormente la acción principal de impugnación.

En relación con los plazos, y tomando en consideración la naturaleza de las mismas, el art. 253 de la LS establece que las medidas cautelares deberán sustanciarse inmediatamente una vez requeridas por la parte interesada, es decir, que en este caso no deberá estarse al vencimiento del término establecido por el art. 251 para su tratamiento por parte del juez.

Es importante señalar que el art. 254 de la LS establece que una asamblea posterior podrá revocar el acuerdo impugnado. Esta resolución surtirá efecto desde entonces y no procederá la iniciación o la continuación del proceso de impugnación sin perjuicio de que subsistirá la responsabilidad por los efectos producidos o que sean su consecuencia directa. Por otra parte, y en el caso de una nulidad de nulidad relativa, deberá considerarse extinguida la acción si el accionista afectado aceptó o consintió la ejecución de la decisión, en tanto, como se dijo, la nulidad relativa es establecida sólo en protección del interés de ciertas personas y por esa razón, puede ser saneada por la confirmación del acto por parte de éstas. En este caso serán de aplicación las previsiones de los arts. 393 a 395 del CCyCN que establecen, entre otras cosas, que hay confirmación cuando la parte que puede articular la nulidad relativa manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener al acto por válido. En cuanto a la forma, se dispone que la confirmación puede ser expresa o tácita, resultando esta última del cumplimiento total o parcial del acto nulo realizado con conocimiento de la causa de nulidad o de otro acto del que se deriva la voluntad inequívoca de sanear su vicio. Finalmente, y en cuanto a sus efectos, el CCyCN determina que la confirmación del acto tiene efecto retroactivo a la fecha en que se celebró sin que esto perjudique los derechos de terceros de buena fe.

En cuanto a la responsabilidad, el art. 254 de la LS establece que los accionistas que hubieren votaron favorablemente las resoluciones que se declaren nulas, responderán ilimitada y solidariamente de las consecuencias de las mismas, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los directores, síndicos e integrantes del consejo de vigilancia.

Debe tenerse en cuenta que en virtud de lo regulado por el art. 274 y 280 de la LS, los directores y los miembros del consejo de vigilancia responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del buen hombre de negocios, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa gra-

ve. En este sentido, la LS establece que la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual de los directores exclusivamente cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo dispuesto en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia, y esta asignación hubiere sido inscripta en el Registro Público. Es decir, que si esta inscripción no hubiere sido hecha conforme aquí se indica, la reparación del daño producido podrá ser dirigida indistintamente a cualquiera de los directores, sin perjuicio de las acciones de repetición que eventualmente resultaren aplicables entre los mismos. En relación con los síndicos, el art. 296 de la LS ordena que son ilimitada y solidariamente responsables por el incumplimiento de las obligaciones que les imponen la ley, el estatuto y el reglamento, y el art. 297 que también son responsables solidariamente con los directores por los hechos y omisiones de éstos cuando el daño no se hubiera producido si hubieran actuado de conformidad con lo establecido en la ley, estatuto, reglamento o decisiones asamblearias.

Sin perjuicio de lo expuesto, quedarían exceptuados de responsabilidad los que hubieren iniciado impugnaciones contra la misma decisión, en virtud de lo establecido por el art. 274, *in fine*, en relación con la eximición de responsabilidad[(33)].

Declarada judicialmente, la nulidad de la decisión impugnada surtirá efectos en relación con la sociedad y todos los accionistas quedando a salvo, como se anticipara, los derechos de terceros de buena fe respecto de los cuales la nulidad será inoponible. Asimismo, y cuando corresponda, los accionistas que votaron favorablemente, los directores, síndicos e integrantes del consejo de vigilancia deberán responder ilimitada y solidariamente por los daños causados con el alcance explicado.

8. Pactos entre socios. Sindicación de acciones. Modalidades. Otros pactos

El pacto de sindicación de acciones es un contrato o acuerdo de rasgo parasocial, cuyo fin es influir en la marcha de la sociedad, persiguiendo el

---

(33) El art. 274 establece que queda exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diera noticia al síndico antes que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial. Esta previsión resulta aplicable a los miembros del consejo de vigilancia por remisión de art. 280. Se remite *al Capítulo XVII, Directorio. Fiscalización interna* para un análisis más exhaustivo en relación con la responsabilidad de los directores, los miembros del consejo de vigilancia y síndicos y las posibilidades de exención y eximición de responsabilidad de los mismos. En relación con la responsabilidad del síndico debe estarse a lo previsto en el art. 296 que ordena que éstos son ilimitada y solidariamente responsables por el incumplimiento de las obligaciones que les imponen la ley, el estatuto y el reglamento, y el art. 297 que los hace

logro de la finalidad común[34]. Puede ser también ser definido como el complejo de acuerdos entre accionistas para comprometer por anticipado determinado accionar de cara a la sociedad.

Uno de los pactos más usuales es el sindicato de voto, que tiene por objeto establecer reglas para la emisión de los accionistas sindicados bajo la expectativa de un resultado más favorable en la asamblea[35]. El sindicato de bloqueo, por su parte, tiene por objeto disponer limitaciones o condicionamientos a la transmisibilidad de las acciones de los integrantes del sindicato a terceros pudiendo otorgar derechos de opción de compra preferente a sus miembros, así como pueden tener por objeto la implementación de restricciones relativas a la adquisición futura de acciones por parte de los sindicados.

Dado que este tipo de pactos pueden ser definidos como acuerdos parasocietarios —es decir que se encuentran fuera del estatuto interno societario—, la LS no hace referencia a los mismos, aun cuando, sobre todo en el caso de la sindicación de votos, afectan directamente el funcionamiento de la sociedad.

Los antecedentes jurisprudenciales más importantes en esta materia han confirmado la licitud de estos pactos basándose a tal fin en los criterios generales de validez de los actos jurídicos. Asimismo, han identificado una serie de condiciones que deben cumplirse para que ella sea posible[36]:

a) El objeto de pacto no debe ser ilícito, es decir, no vulnerará una prohibición legal, ni normas imperativas o de orden público. Ejemplo de esto serían los pactos que tuvieran por objeto impedir la repartición de dividendos, condicionar la libre función del administrador, anular la actuación del órgano de fiscalización, etcétera.

b) No debe afectar la libertad de voto. Este requisito resulta en cierta forma contradictorio considerando justamente los fines para los cuales los

---

solidariamente responsables solidariamente con los directores por los hechos y omisiones de éstos cuando el daño no se hubiera producido si hubieran actuado de conformidad con lo establecido en la ley, estatuto, reglamento o decisiones asamblearias.

(34) CNCom., sala C, 1/6/2009, "Mansilla, Jacinto M. c. Sindicato de Accionistas de TAPSA s/ordinario".

(35) La celebración de un contrato de sindicación de acciones denota que las partes se vinculan por una vía contractual paralela a la normativa societaria con el objeto de ejercer coordinadamente los derechos relativos a la dirección, administración y desenvolvimiento de la sociedad, de esta forma, dado que la sociedad es, en principio, ajena al pacto, el único remedio que tendrían los cumplidores contra el incumplidor es el reclamo de los daños y perjuicios (CNCom., sala C, 1/6/2009, "Mansilla, Jacinto M. c. Sindicato de Accionistas de TAPSA s/ordinario", IJ-XXXIV-887).

(36) Algunos antecedentes jurisprudenciales han referido que para ser válidos, los pactos deben ser ocasionales, es decir, limitados en su alcance a determinados temas a tratarse en determinadas asambleas, sin embargo, este principio ha sido objetado por la doctrina por entender que proviene de una restricción del derecho comparado no aplicable a nuestro sistema normativo.

accionistas se obligarían bajo pactos de este tipo. Por otra parte, no existe previsión alguna en la LS que directa o indirectamente prohíba a los socios asociarse para ejercitar su derecho a voto. Una posible interpretación a lo dicho sería aquella que establece que lo que no podría exigir el pacto es la unanimidad en el voto, sin perjuicio de la validez de aquellos que impongan a los contrayentes la obligación de examinar y deliberar conjuntamente la adopción de decisiones en forma previa a la asamblea.

c) Su implementación no debe vulnerar el interés social ni perjudicar a los accionistas no sindicados.

Dadas las características de este pacto, se ha concluido que la sociedad objeto del mismo podría solicitar su impugnación en los casos en que vulneraran normas propias de sus estatutos o cuando exista un perjuicio directo para la misma, como ocurriría, por ejemplo, si a través del pacto se lograran burlar las previsiones del art. 248 que prohíbe votar al accionista en relación con aquellas decisiones en las cuales ostente un interés contrario al social[(37)].

Existen otras formas bajo las cuales los accionistas podrían alcanzar un acuerdo de voto, como, por ejemplo, el condominio de las acciones con reglas específicas de administración, la constitución de una SRL —socia de la sociedad objeto del pacto— a la que todos los accionistas involucrados aportaran sus acciones y que fuera administrada por un representante obrando bajo instrucciones acordadas en reunión de socios, etcétera.

SÍNTESIS

1) La estructura organizativa de las sociedades comerciales se basa en un sistema de distribución de funciones atribuidas a órganos con una esfera de actuación o competencia propia y diferenciada.

2) Las tres principales esferas de actuación de los órganos societarios son el gobierno, la administración y representación, y la fiscalización. La asamblea de accionistas en el órgano de gobierno propio de la SA tiene por función principal la formación de la voluntad social.

3) La LS distingue entre asambleas ordinarias y extraordinarias. La primera analiza temas referidos a la marcha de los negocios sociales que hacen posible el cumplimiento del objeto social y que no afecten de manera sustancial los caracteres esenciales o la estructura jurídica de la sociedad.

(37) "Los acuerdos parasociales —si bien no legislados— son válidos pero resultan, en principio, inoponibles a la sociedad de la que participan los celebrantes (...) Los contratos de sindicación de acciones, bloqueos de tenencias accionarias y unificación de voto, entre otros, no pueden afectar los derechos de los accionistas que no participaron el ellos, terceros respecto del contrato" (CNCom., sala C, 20/10/2005, "Costabel, Walter J. c. Concisa SA s/medida precautoria".; IJ-V-753).

4) En la asamblea extraordinaria se examinan temas tales como la modificación del estatuto, aumento de capital (por arriba del quíntuplo), reducción y reintegro del capital; rescate, reembolso y amortización de acciones; fusión, transformación y disolución de la sociedad; limitación o suspensión del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones conforme, la emisión de bonos, *debentures* y su conversión en acciones.

5) Existen asambleas generales (en las que participan todos los socios) y especiales (en las que intervienen sólo los socios que pertenecen a una clase determinada de acciones).

6) Las asambleas deben ser convocadas. La convocatoria las debe realizar el directorio. Si éste no lo hace, lo podrá hacer el síndico. También podrá ser pedida la convocatoria al directorio por socios que reúnan al menos el 5% del capital social.

7) Si el directorio no convoca en plazo de 40 días de requerida la asamblea por lo socios, éstos podrán requerirla judicialmente.

8) Las asambleas deben ser convocadas mediante edictos a publicar en el diario de publicaciones legales. Si es una SA del art. 299, LS, se deberá además hacer la publicación en un diario de mayor circulación general de la República.

9) El art. 237 de la LS establece que la para la primera convocatoria se deberá publicar durante 5 días, con 10 de anticipación por lo menos, y no más de 30. Los plazos se cuentan como días corridos. Para la segunda, las publicaciones se harán por 3 días con 8 de anticipación como mínimo y 30 de máximo. Entre las dos convocatorias deberá haber un intervalo no inferior a 1 hora. Esta posibilidad se restringe en el caso de aquellas sociedades que hagan oferta pública de sus acciones.

10) Se deberá indicar en la convocatoria el tipo de asamblea a la que se convoca, el orden del día, el lugar de celebración, día y hora.

11) Si la asamblea es unánime no es necesario convocar.

12) Pueden asistir los socios, sus representantes y las autoridades societarias.

13) Quien desee asistir deberá hacerlo saber al directorio para su registro en el libro de asistencia a las asambleas, con no menos de 3 días hábiles de anticipación al de la fecha fijada, debiéndose depositar las acciones en caso de ser cartulares.

14) Los funcionarios de la autoridad de contralor pueden concurrir a la asamblea de oficio o a pedido de los accionistas, directores o síndicos que así lo soliciten.

15) Los poseedores de bonos pueden asistir. Tendrán voz, pero su voto está restringido a casos puntuales

16) El *quorum* representa el número de accionistas cuya presencia es necesaria para que la asamblea pueda constituirse, deliberar y decidir válidamente las cuestiones incluidas en el orden del día.

17) El art. 243, LS, establece que la constitución de la asamblea ordinaria, en primera convocatoria, requiere —como mínimo— la presencia de accionistas que representen la mayoría de las acciones con derecho a voto, y en segunda convocatoria, cualquiera que sea el número de esas acciones presentes.

18) Para las asambleas extraordinarias se requiere presencia de accionistas que representen al menos el 60 % de las acciones con derecho a voto en primera convocatoria, y en segunda el 30 %. El Estatuto puede elevar ese piso.

19) Las resoluciones sociales serán adoptadas según el criterio que adopte la mayoría absoluta de los votos presentes.

20) La asamblea será presidida por el presidente del directorio o su reemplazante, o en su defecto, por la persona que ésta designara cuando se deban tratar temas que afecten directamente al presidente o a su reemplazante designado.

21) Verificada la existencia de *quorum*, quien preside debe dar inicio al acto asambleario mencionando el carácter de la asamblea y el motivo por el que se ha convocado, enumerando a los accionistas presentes y señalando qué porcentaje del capital representan.

22) Durante la deliberación, los socios ejercerán su derecho a ser oídos, tanto por sus pares como por la sociedad a través de sus representantes.

23) Agotada esta etapa de deliberación y consulta sobre cada uno de los puntos del orden del día, el presidente invitará a los socios que están habilitados a tal fin a pronunciar su voto.

24) Los funcionarios del Registro Público o la CNV podrán ejercer funciones de veedores de la legalidad del acto asambleario debiendo velar por el cumplimiento de la ley y el estatuto, así como por el respeto de los derechos de los socios.

25) Se labrarán actas en la que conste lo resuelto en la asamblea, que deberán ser firmadas al menos por dos de los socios presentes.

26) Los socios desconformes con las decisiones podrán, en los casos de transformación, prórroga o reconducción en sociedades cerradas, transferencia del domicilio al extranjero, cambio fundamental del objeto, reintegración total o parcial del capital, fusión y escisión, aumentos de capital que competan a la asamblea extraordinaria y que impliquen desembolso para el socio, retiro voluntario de la oferta pública o de la cotización de las acciones, o continuación de la sociedad luego de habérsele retirado por resolución firme la autorización para funcionar en razón del objeto, hacer uso del derecho de receso.

27) Los socios podrán impugnar las decisiones tomadas por la asamblea. La acción de impugnación deberá ser promovida contra la sociedad, dentro de los tres meses de clausurada ésta.

28) La sindicación de acciones puede ser definida como el complejo de acuerdos entre accionistas para comprometer por anticipado determinado accionar de cara a la sociedad.

Cuadro sinóptico



Capítulo XVII

Directorio. Fiscalización interna

Por Pablo D. Frick(1)

Sumario: 1. El directorio: concepto. Funciones. Integración.— 2. El llamado *Corporate Governance*. Características. Antecedentes. Derecho comparado. Régimen legal.— 3. Sistemas de elección de directores. Incapacidades e incompatibilidades.— 4. Duración en el cargo. Remoción. Cesación. Intervención judicial. Remuneración. Publicidad e inscripción registral.— 5. Funcionamiento del directorio. Comité ejecutivo. La función de representación. Impugnación de las resoluciones del directorio. Régimen de responsabilidad de los directores.— 6. El consejo de vigilancia: concepto y caracterización. Atribuciones y deberes. Diferencias con la sindicatura. Auditoría anual. Comité de auditoría.— 7. Fiscalización privada: sindicatura. Carácter profesional del cargo. Atribuciones y deberes. Inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones. Duración en el cargo. Revocabilidad. Renuncia. Remuneración.— 8. Prescindencia de la sindicatura y sindicatura obligatoria. Sindicatura plural. Régimen de responsabilidad.— 9. Responsabilidad social empresaria.— Síntesis.

1. El directorio: concepto. Funciones. Integración

1.1. La administración de la sociedad debe ser entendida en sus dos aspectos fundamentales: por un lado, los directores tienen a su cargo el desarrollo directo de la actividad empresaria, por lo que se ocupan de realizar todos los actos necesarios para la consecución del "objeto social", orientados —esencialmente— a la obtención de resultados económicos favorables, y por otro, tienen una importante función en la organización interna del

---

(1) Abogado y Doctor en Derecho (UBA). Profesor adjunto (int.) de "Instituciones de Derecho Privado" en la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA y de "Concursos" en la Facultad de Derecho de la misma universidad. Profesor adjunto regular "Derecho Comercial II" y "Derecho Comercial III" en la UCSE. Fue profesor de diferentes cursos de posgrado en la UBA y la UMSA. Prosecretario Letrado de la sala D de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Cursó estudios de especialización en el extranjero. Conferencista y autor de publicaciones en temas de su especialidad.

El autor deja constancia que el presente trabajo fue realizado con la colaboración del Dr. Rodrigo E. Jaime.

ente, expresada en la obligación de convocar a asambleas y presidirlas, y en el deber de información respecto de los socios, a través —por ejemplo— de la confección de la memoria, el balance y el estado de resultados.

En el caso de la sociedad anónima, el directorio es el órgano encargado de su administración y se integra con uno o más miembros (directores) designados por la asamblea de accionistas o el consejo de vigilancia, en su caso (art. 255, LGS).

Con prescindencia de que nuestro sistema permite la existencia de directorios unipersonales, el principio general es que sean plurales, con funcionamiento colegiado (esto es, no mediante administración conjunta o indistinta, sino por mayoría). El estatuto debe fijar la cantidad de miembros o facultar a la asamblea de accionistas a determinarlo. En este último caso, debe especificar el número mínimo y máximo permitido.

Pueden designarse directores suplentes, los cuales tendrán las obligaciones y responsabilidades de los titulares al asumir y ejercer efectivamente el cargo.

Corresponde destacar, sin embargo, que por expresa disposición legal, las sociedades anónimas comprendidas en el art. 299 de la LGS deben contar con un directorio integrado por al menos tres directores.

Por lo demás, resulta paradójico que la sociedad unipersonal, receptada por la reforma de la ley 26.994, esté sometida al régimen antes descripto, debiendo contar con un directorio de al menos tres miembros. Ello conspira contra la viabilidad y utilización del instituto, especialmente si se trata de pequeñas empresas.

1.2. Entre las *principales* funciones del directorio se encuentran: 1°) discutir, intervenir y aprobar las líneas estratégicas, los planes de negocios y la producción de información contable y financiera; 2°) seleccionar, designar y remover a los empleados jerárquicos, así como establecer el programa de remuneraciones e incentivos; 3°) supervisar al personal; 4°) proteger los activos de la empresa, y 5°) cumplir un rol fiduciario hacia los intereses de mediano y largo plazo de los accionistas.

Su labor es imprescindible en el giro empresarial de la sociedad, dado que es el “brazo ejecutor” de las decisiones cotidianas de aquélla y, además, de las derivadas de las resoluciones sociales tomadas por la asamblea (órgano de gobierno del ente).

2. El llamado *Corporate Governance*. Características. Antecedentes. Derecho comparado. Régimen legal

2.1. El manejo de grandes sociedades o corporaciones exige, especialmente en un contexto de globalización informativa, económica y cultural,

un elevado nivel de transparencia. Ésta es necesaria para, por ejemplo, revelar datos *reales* de las compañías, pues como personas jurídicas o ideales que son, sólo pueden brindar información veraz sobre su valor y desempeño a través de datos contables, financieros y económicos que, si no son transparentes, pueden desinformar y, así, perjudicar a terceros (pensemos, por ejemplo, que en países desarrollados los "consumidores financieros", muchos de ellos personas comunes y de clase media o de orígenes sociales estandarizados, adquieren títulos de sociedades que se ofrecen al público, el cual sólo puede acceder a información de aquélla, mediante datos dados a conocer de manera prístina; lo que no ocurrió del todo, por ejemplo, en los célebres casos de fraude financiero "Enron" o "Parmalat" de la década pasada).

Por lo tanto, el *corporate governance* o gobierno corporativo (GC) nace como sistema normativo por el que las corporaciones de negocios son dirigidas y controladas de modo que su estructura:

(i) especifica la distribución de derechos y responsabilidades entre los diferentes participantes en la compañía, como el directorio, la gerencia, los accionistas y otros sujetos involucrados (*stakeholders*) y,

(ii) detalla las reglas y los procedimientos para la toma de decisiones sobre los temas corporativos más relevantes. Para ello, provee la estructura a través de la cual se determinan los objetivos de la corporación, se asignan los medios para alcanzarlos y se establece cómo se monitorea el desempeño en relación a los objetivos perseguidos.

Tal sistema normativo, en algunos países, obligatorio, y en otros, optativo para las empresas, es imprescindible si se procura tener reglas claras en las inversiones de pequeños o grandes inversores.

En efecto: la dinámica normal de una empresa puede ocasionar dos tipos de conflictos de interés con serias consecuencias sobre su funcionamiento: por un lado, los gerentes a cargo del manejo cotidiano de la empresa pueden aprovechar su situación privilegiada dentro de la compañía para obtener beneficios personales a expensas del universo de accionistas y, por el otro, los socios mayoritarios pueden explotar su poder sobre la compañía para obtener beneficios a expensas de los accionistas minoritarios, quienes usualmente no cuentan con la información y los recursos para evitar tales conductas.

Como es previsible, estas fuentes de expropiación de los derechos de los accionistas afectan las condiciones bajo las cuales los inversores ofrecerán financiamiento a las empresas.

Por ello, las prácticas de GC suelen incluir un marco legal y normativo que contempla adecuadamente los derechos de los inversores, promoviendo el tratamiento igualitario y fomentando y exigiendo transparencia en la toma de decisiones (existen normas de GC en España, Francia, Estados Unidos, España y hasta en la Argentina, especialmente a partir de 2001).

Estos conflictos de intereses se potencian, particularmente, en dos ámbitos. Por un lado, en las sociedades que hacen oferta pública de acciones y, por otro, en las entidades financieras, ya que en ambos casos el conflicto societario o la administración desleal o poco transparente pueden afectar a un espectro amplio e indeterminado de personas y tienen efectos sistémicos sobre el ámbito financiero y empresario.

En tal sentido, el conjunto de reglas comunes referentes a buenas prácticas de GC, determinadas por el sistema jurídico y las instituciones propias de cada país, es llamado GC "institucional". Por su parte, las iniciativas y los esfuerzos privados y, especialmente, los compromisos que voluntariamente decidan adoptar las empresas se conocen como GC "contractual". De esta forma, no sólo se involucra a los participantes "directos" en la empresa (los accionistas, la gerencia, los directores), sino también a los inversores o tenedores de deuda, empleados, proveedores, clientes, Fisco y a la comunidad en general.

2.2. En nuestro país, el dec. 677/2001 de transparencia en la oferta pública, cuya regulación fue mantenida en cierta medida por la ley 26.831 de mercado de capitales, regula aspectos referidos a información privilegiada, derechos de los accionistas minoritarios, auditoría externa y comité de auditoría, información pública, procedimientos de fusiones y adquisiciones, y prácticas de buen gobierno para las compañías que cotizan en bolsa.

Como principales aspectos de la ley vigente pueden señalarse que las sociedades en el régimen de oferta pública de acciones y con comité de auditoría (sobre el que volveremos luego) pueden prescindir de sindicatura, que el régimen informativo general sobre tenencias de valores negociables de sociedades en el ámbito de la oferta pública alcanza a todos directores y funcionarios de los agentes registrados y que la responsabilidad de los miembros de los órganos de administración y fiscalización por las conductas antijurídicas verificadas por la auditoría externa es sumamente amplia; aunque de difícil prueba.

También merece especial mención el Código de Gobierno Societario, aprobado por la res. gral. 606/2012 de la Comisión Nacional de Valores, que recepta los principios del gobierno corporativo, cuyos contenidos mínimos son aplicables a las entidades que se encuentran autorizadas para efectuar oferta pública de sus valores negociables.

3. Sistemas de elección de directores. Incapacidades e incompatibilidades

3.1. Salvo disposición en contrario del estatuto, no resulta exigible la calidad de accionista para ser miembro del órgano de administración; además, el cargo es reelegible indefinidamente.

La función del director en la sociedad anónima es eminentemente técnica, y tiende a buscarse su profesionalización. Esta división entre quienes asumen el riesgo empresario (accionistas) y quienes serán los encargados de su administración y gestión (directores) caracteriza, sobre todo, a la gran sociedad anónima “abierta” (contrapuesta a la cerrada, usualmente PyME o empresa familiar), lo que ha llevado a algunos a sostener que, en este caso, el estatuto no podría exigir la necesidad de ser accionista para integrar el directorio.

3.2. Son los accionistas quienes, en definitiva, soportan el riesgo económico de una administración deficiente y, por ello, el contrato social no puede restringir la revocabilidad en el cargo de director. Además, el director debe prestar una garantía a favor de la sociedad, por los posibles daños que su actuación causare (lo que suele hacerse en efectivo o a través de seguros de responsabilidad civil o caución).

Como regla general, los directores (o el director) serán elegidos por la asamblea, de acuerdo con la cantidad de votos que tenga cada accionista. Sin embargo, la ley prevé otros métodos de elección que están orientados, esencialmente, a posibilitar a las minorías una mínima representación en el directorio. Así, cuando existan diversas clases de acciones, el estatuto puede prever que cada una de ellas elija uno o más directores, a cuyo efecto reglamentará la elección.

Por otro lado, los accionistas tienen derecho a elegir hasta un tercio de las vacantes a llenar en el directorio a través del sistema de “voto acumulativo”, que no puede ser derogado por el estatuto ni reglamentado de manera que dificulte su ejercicio. No obstante, su aplicación no es compatible con el voto por clases de acciones mencionado en el párrafo anterior. Para su ejercicio, el o los accionistas que deseen votar acumulativamente deben notificarlo a la sociedad con anticipación no menor de tres días hábiles a la celebración de la asamblea, individualizando las acciones con que ejercerán el derecho. Cumplidos tales requisitos, aunque sea por un solo accionista, todos quedan habilitados para votar por este sistema.

Quien presida la asamblea debe informar a los accionistas presentes que todos se encuentran facultados para votar acumulativamente, si es que alguno de ellos ha dado cumplimiento con el procedimiento antes descripto. De modo previo a la votación, se informa pública y circunstanciadamente el número de votos que corresponde a cada accionista presente, y cada uno de ellos que vote acumulativamente tendrá un número de votos igual al que resulte de multiplicar los que normalmente le hubieren correspondido, por el número de directores a elegir. Podrá distribuirlos o acumularlos en un número de candidatos que no exceda el tercio de las vacantes a llenar.

En la elección del tercio de las vacantes competirán los votos de los accionistas que opten por el sistema común (que la ley llama indistintamente “ordinario o plural”) y los que decidan hacerlo acumulativamente, aplicán-

dose a los dos tercios restantes el sistema ordinario de votación, del cual no participarán los que hayan elegido acumular sus votos. Los accionistas que no voten acumulativamente lo harán por la totalidad de las vacantes a cubrir, otorgando a cada uno de los candidatos la totalidad de votos que les corresponde conforme a sus acciones con derecho a voto.

Ningún accionista podrá votar —dividiendo al efecto sus acciones— en parte acumulativamente y en parte en forma ordinaria, pero todos pueden variar el procedimiento o sistema de votación antes de la emisión del voto, inclusive los que notificaron su voluntad de hacerlo acumulativamente y cumplieron los recaudos al efecto.

El resultado de la votación se computa "por candidato". Sólo se consideran electos los candidatos votados por el sistema ordinario o plural si reúnen la mayoría absoluta de los votos presentes, y los candidatos votados acumulativamente que obtengan mayor número, superando a los obtenidos por el sistema ordinario, hasta completar la tercera parte de las vacantes.

En caso de empate entre dos o más candidatos votados por el mismo sistema, se procederá a una nueva votación en la que participarán solamente los accionistas que votaron por tal sistema. En caso de empate entre candidatos votados acumulativamente, en la nueva elección no votarán los accionistas que —dentro del sistema— ya obtuvieron la elección de sus postulados.

Como se observa, el sistema de voto acumulativo puede resultar complejo y hasta requerir "destrezas matemáticas". Pero debe tenerse en cuenta que, en numerosas ocasiones, posibilita a las minorías el acceso a cargos en el directorio (cuya importancia en la gestión hemos reseñado), que de otro modo no tendrían.

Ejemplifiquemos: si en una sociedad anónima compuesta por dos socios, el socio "A", con setenta acciones con derecho a un voto cada una, y el socio "B", con treinta acciones con derecho a un voto cada una, se deben elegir tres miembros del directorio y se utiliza el método ordinario o plural, el socio "A" podría elegir a los tres directores, pues en la votación por cada vacante, su postulante obtendría la mayoría absoluta de los votos. Pero, si en ese mismo caso, el socio "B" se inclina por la votación acumulativa, tendrá la posibilidad de elegir a uno de los directores, pues contará con noventa votos, lo que supera a los setenta de cada uno de los posibles postulantes del socio "A". Como contrapartida de la posibilidad de acumular sus votos, el socio "B" solo participa (compite) en la elección de "uno" de los miembros del directorio (un tercio de las tres vacantes), mientras que el socio "A" participa con setenta votos en cada una de las elecciones.

3.3. Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar, según el texto de la ley, con la lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, bajo pena de responder por los daños que su obrar negli-

gente causare. Más allá de ello, la ley no exige cualidades específicas para que una persona pueda formar parte del órgano de administración de la sociedad anónima, bastando que los socios la consideren apta para cumplir con esa función. Sin embargo, se establecen algunos supuestos de incapacidades e incompatibilidades para ejercer el cargo, que impiden la designación del director o bien justifican su remoción.

No pueden ser directores:

a) quienes no pueden ejercer el comercio, esto es, en términos generales, quienes no tengan la libre disposición de sus bienes, como los insanos declarados en juicio o los interdictos;

b) los fallidos o concursados, hasta los cinco años posteriores a su rehabilitación;

c) los condenados con accesoria de inhabilitación de ejercer cargos públicos, los condenados por hurto, robo, defraudación, cohecho, emisión de cheques sin fondos y delitos contra la fe pública, los condenados por delitos cometidos en la constitución, el funcionamiento y la liquidación de sociedades, en todos los casos hasta después de diez (10) años de cumplida la condena, y

d) los funcionarios de la Administración Pública cuyo desempeño se relacione con el objeto de la sociedad, hasta dos años del cese de sus funciones.

El directorio, o en su defecto el síndico, por propia iniciativa o a pedido fundado de cualquier accionista, debe convocar a asamblea ordinaria para la remoción del director o gerente incluido en las causales antes descriptas. Si la remoción la pidiera un socio, la asamblea debe celebrarse dentro de los cuarenta días de solicitada. Denegada la remoción, cualquier accionista, director o síndico, puede requerirla judicialmente.

4. Duración en el cargo. Remoción. Cesación. Intervención judicial. Remuneración. Publicidad e inscripción registral

4.1. El estatuto de la sociedad debe fijar el tiempo que cada administrador dura en su cargo. Esa duración nunca puede exceder el límite de tres ejercicios económicos y, si nada dice el estatuto, se entenderá que se ha optado por el plazo máximo. Vale recordar que, usualmente, el ejercicio económico dura un año y suele (aunque no necesariamente) coincidir con el año calendario. Excepcionalmente, cuando el directorio es elegido por el consejo de vigilancia, la duración en el cargo puede extenderse por cinco años.

Además, el director puede ser reelegido indefinidamente. Esto es de toda lógica, pues no tendría sentido obligar a los socios a mutar la conducción de la empresa si se encuentran conformes con la marcha del negocio.

La limitación que impone la ley tiende a asegurar no la renovación de los directores, sino un adecuado control periódico de su actuación, pues cada tres ejercicios la asamblea deberá analizar la gestión del directorio, aprobándola o desaprobándola, y reelegir a sus miembros o designar nuevos. El director debe aceptar el cargo en la misma asamblea o posteriormente si no se encontraba presente. Es importante que la aceptación del cargo quede asentada en los registros de la sociedad, pues como se explicará más adelante, será requerida a los efectos de —entre otros aspectos— su oponibilidad a terceros.

Ahora bien, podría pasar, por un sinfín de motivos societarios y extrasocietarios, que la asamblea no se reúna en el plazo establecido o que, aun habiéndose reunido, no se llegue a una votación útil sobre la designación de autoridades para el próximo período (recuérdese que para ser elegido, un director debe contar con, al menos, la mayoría absoluta de los votos presentes en la asamblea). Esto podría acarrear un grave perjuicio para los socios y para el negocio de la empresa, produciendo una virtual acefalía que impediría la toma de las decisiones básicas necesarias para el giro empresario. Para conjurar este riesgo, la ley establece que el director (o directores) permanecerán en su cargo mientras no sean reemplazados.

Asimismo, como se anticipó en el comienzo del capítulo, el estatuto puede disponer la elección de directores suplentes para subsanar la falta de los directores por cualquier causa (renuncia, muerte, incapacidad, etc.). Esta previsión es obligatoria en las sociedades que prescinden de sindicatura. Si el estatuto nada dice, en caso de vacancia, la sindicatura debe designar al reemplazante hasta la reunión de la próxima asamblea.

Va de suyo que cualquier director puede renunciar al cargo. Tratándose de un directorio plural, los restantes deben aceptar la renuncia en la primera reunión que se celebre después de presentada, siempre que no afecte su funcionamiento regular y no sea dolosa o intempestiva, lo que deberá constar en el acta pertinente. Si el directorio no acepta la renuncia, el renunciante debe continuar en funciones hasta tanto la próxima asamblea se pronuncie. Si se trata de un directorio unipersonal, la renuncia debe ser presentada ante la asamblea, que el director renunciante convocará al efecto.

En cualquier momento, la asamblea puede revocar la designación de los directores o de alguno de ellos. Esta decisión no requiere la expresión de motivos fundados por parte de los socios, pues resulta una función inherente al órgano de gobierno el designar a las autoridades del ente.

4.2. Se dijo que la ley buscaba conjurar el peligro que supone la virtual acefalía en el directorio. Ahora bien, tanto o más grave puede resultar que quien ejerza efectivamente el cargo de director lo haga de forma negligente o, incluso, contraria al interés social. Y podría pasar también que la asamblea no disponga su remoción, sea porque no se reúne en tiempo útil o por-

que quienes ejerzan el control del ente y formen mayoría en el órgano de gobierno se nieguen a ello.

Por eso la ley prevé la posibilidad de que cualquier socio pueda solicitar judicialmente la remoción de un director. Pero también cuenta con una solución cautelar para hacer cesar, con la mayor premura posible, al director de su cargo, o para posibilitar un debido control de la administración del ente.

La intervención judicial contenida en los arts. 113 a 117 de la LGS es una de las tres medidas cautelares estrictamente societarias que procede respecto del órgano de administración.

Su admisibilidad depende de que se configuren actos u omisiones de los administradores que pongan en "peligro grave" a la sociedad, y quien peticione la medida tiene la carga de demostrar: a) su condición de socio, b) la existencia y gravedad del peligro (para el interés social, no para el suyo propio), c) que agotó los recursos acordados por el contrato social y, d) que promovió acción de remoción previa o coetáneamente con el pedido de intervención.

La intervención judicial, entonces, según los hechos invocados, la gravedad involucrada y las demás circunstancias relevantes del caso, presenta tres variantes: i) veeduría; ii) coadministración, y iii) administración integral. Esta última hipótesis, a diferencia de las dos anteriores, se produce con el desplazamiento momentáneo del órgano.

No obstante, la apreciación de la procedencia de la medida debe ser efectuada por el juez, según establece expresamente la ley, con criterio restrictivo. Será el magistrado quien, luego de decidir acerca de la admisibilidad de la medida, fijará la misión que deberán cumplir los interventores, limitando las atribuciones que les asigne de acuerdo con sus funciones, para lo cual no podrá otorgarles mayores facultades que las que poseen los administradores naturales, conforme lo establezcan la ley o el contrato social. En la decisión que admita la medida, el juez deberá precisar la duración de la intervención, la cual sólo podrá ser prorrogada mediante información sumaria.

4.3. Como principio general, toda gestión en el ámbito del derecho mercantil se presume onerosa. No escapa a este principio general la actuación del directorio. Por eso, el estatuto podrá establecer su remuneración y la del consejo de vigilancia. Para ello, no resulta necesario fijar una suma específica, lo cual es de hecho desaconsejable, pues su modificación requeriría una reforma estatutaria. Bastará con que se prevea la forma o proporción en que los directores (o los miembros del consejo de vigilancia) serán remunerados. En caso de silencio del estatuto, los emolumentos serán fijados por la asamblea o el consejo de vigilancia, en su caso.

El monto máximo de las retribuciones que por todo concepto puedan percibir los miembros del directorio y del consejo de vigilancia no podrán exceder el 25 % de las ganancias para cada ejercicio.

Tal porcentaje incluirá sueldos y otras remuneraciones que correspondan a los directores por el desempeño de funciones técnico-administrativas de carácter permanente. Esta aclaración resulta relevante, pues es usual que los directores acumulen funciones propias de su cargo con otras que exceden la labor del directorio y que merezcan ser remuneradas diferenciadamente. Así, queda claro que el directorio, por regla general, no podrá percibir una suma que supere el 25 % de las ganancias.

Ese monto máximo se limitará al 5 % cuando no se distribuyan dividendos a los accionistas y se incrementará proporcionalmente a la distribución hasta alcanzar aquel límite cuando se reparta el total de las ganancias.

La justificación de esta limitación es evitar que un grupo mayoritario de accionistas, que tenga suficientes votos para imponer a los directores, decida no repartir ganancias, pero obtenga réditos injustos (con respecto al grupo minoritario) a través de una desproporcionada remuneración del directorio.

Sin embargo, aun frente a la inexistencia de ganancias (o, habiéndolas, si las mismas son mínimas), el ejercicio de comisiones especiales o funciones técnico-administrativas por parte de uno o más directores pueden imponer la necesidad de exceder los límites antes señalados. Sólo podrán hacerse efectivas tales remuneraciones en exceso si fuesen expresamente acordadas por la asamblea de accionistas, a cuyo efecto deberá incluirse el asunto como uno de los puntos del orden del día.

4.4. La elección de los directores resulta de vital importancia en las sociedades en general y particularmente en la sociedad anónima que, como se verá más adelante, tiene un régimen de representación específico. Es por ello que se prevé un sistema de publicidad para la designación y eventual cesación en el cargo de directores. Es que serán los administradores la "cara visible" de la empresa, quienes la obligarán por su actuación, con la correspondiente responsabilidad ante los socios y, fundamentalmente, ante terceros.

Aparece necesario, entonces, proteger a esos terceros que entablen relaciones jurídicas con la sociedad, para que puedan saber, en cada momento, quiénes ejercen el cargo de directores y, de ellos, quién o quiénes, en definitiva, se encuentran autorizados a obligar al ente.

El sistema de publicidad es doble. Por un lado, se debe publicar edicto por un día en el Boletín Oficial (y en un diario de gran circulación si se trata de una sociedad alcanzada por las previsiones del art. 299 de la LGS). Por otro lado, después de la publicación edictal, se debe inscribir la designación

de nuevas autoridades (y la cesación de las anteriores) ante el Registro Público de Comercio de la jurisdicción donde la sociedad esté inscripta.

La omisión de inscribir el nombramiento y la cesación de autoridades provoca que tales actos sean “inoponibles” a terceros, por lo que la eventual omisión de inscribir el directorio facultará a éstos para hacer valer, contra la sociedad, la actuación de quienes invocaron esa calidad con base en la registración, aunque hayan sido designadas nuevas autoridades por asamblea.

En la jurisdicción capitalina, el Registro Público de Comercio es llevado por la Inspección General de Justicia. Este organismo, a través de la res. gral. 7/2005 estableció los requisitos que deben cumplirse para inscribir a las autoridades del ente.

Con el formulario respectivo, debe acompañarse el primer testimonio de escritura pública o instrumento privado original, conteniendo las transcripciones del acta de la asamblea que resolvió los nombramientos, de su registro de asistencia y del acta de la reunión de directorio en la que se dispuso la distribución de los cargos si ésta no se efectuó en la asamblea. Además, si en la asamblea cesaron los directores anteriores, el acta debe individualizarlos.

Debe acompañarse la constancia original de la publicación de edictos mencionada arriba y de los avisos de convocatoria a la asamblea que efectuó los nombramientos, salvo que ella haya sido unánime. De las actas de la asamblea que efectúe el nombramiento o de la reunión de directorio en la que se distribuyan los cargos, debe resultar la aceptación del nombramiento por los directores, el domicilio real en el país de la mayoría de ellos y, en especial, que todos hayan constituido y que corresponda a la jurisdicción donde esté inscripta la sociedad.

Se acreditará también la constitución de la garantía requerida para los directores titulares, que puede efectuarse mediante depósito de bonos, títulos públicos, sumas en moneda nacional o extranjera depositada en entidades financieras, avales bancarios o, como se adelantó anteriormente, pólizas de seguros de caución o responsabilidad civil, entre otros.

Si el directorio fue nombrado por la sindicatura o el consejo de vigilancia, deberán transcribirse las actas respectivas.

Además, toda inscripción requiere que, a la fecha de solicitársela, estén también inscriptas la designación de quienes sean directores y la cesación de las autoridades anteriores, debiéndose cumplir el tracto registral.

Se explicó anteriormente que los directores continúan en sus funciones hasta ser reemplazados. Pero bien puede ocurrir que el directorio, o la asamblea en su caso, no traten la renuncia del director, o bien, no inscriban su cese. Podría quedar entonces el director sujeto, indefinidamente, a las

responsabilidades inherentes a su cargo, a pesar de haberse desvinculado de la sociedad. Es por ello que está prevista la posibilidad de que el propio director renunciante (o cesante por cualquier motivo) pueda instar los trámites registrales para que se asiente su desvinculación al ente, pudiendo oponer esa situación, una vez inscripta, a los terceros, a la sociedad y a los socios.

5. Funcionamiento del directorio. Comité ejecutivo. La función de representación. Impugnación de las resoluciones del directorio. Régimen de responsabilidad de los directores

5.1. El estatuto puede reglamentar libremente el funcionamiento del directorio, según mejor se ajuste a las necesidades del giro empresario y a las características de la organización interna de la empresa.

Existen algunas pautas generales y requisitos mínimos que, sin embargo, deben ser tenidos en cuenta. El directorio se reunirá, por lo menos, una vez cada tres meses, salvo que el estatuto exija un mayor número de reuniones. La convocatoria, a cargo del presidente, deberá ser notificada por medios fehacientes a todos los miembros y, en su caso, al síndico y a los integrantes del consejo de vigilancia, debiendo indicarse el lugar donde se realizará la reunión.

Si bien por regla general aquella se llevará a cabo en la sede social, nada impide que se realice en otro lugar, dentro de la misma jurisdicción, si tal localización es informada a los directores con la debida antelación. Se ha admitido, también, la reunión realizada fuera de la jurisdicción respectiva, como medida excepcional y debidamente justificada. Nótese que si bien la ley nada dice al respecto, la reunión de directorio realizada en extraña jurisdicción afecta la labor del órgano de contralor, que es local, por lo que no podría convertirse en la práctica usual del órgano.

De optarse por un directorio plural (o por ser éste obligatorio, tal es el caso, por ejemplo, de la sociedad anónima que haga oferta pública de valores o de la sociedad unipersonal) el *quorum* no podrá ser inferior a la mayoría absoluta de sus integrantes.

Cualquier director puede pedir que se convoque a una reunión. La convocatoria será hecha por el presidente para reunirse dentro del quinto día de recibido el pedido. En su defecto, podrá convocarla cualquiera de los directores directamente. La convocatoria, en este caso, deberá indicar los temas a tratar.

La ley no establece las mayorías necesarias para adoptar decisiones válidas en el seno del órgano de administración. La aplicación análoga de las normas sobre asambleas parece brindar la solución más adecuada, bastando entonces con la aprobación de la mayoría simple de los presentes en la re-

unión, siempre, claro está, que esté constituida válidamente, con el *quorum* mínimo antes señalado y que el estatuto no prevea otra mayoría.

De las deliberaciones del directorio, de las votaciones, de las decisiones que se adopten y de las posibles oposiciones de algunos de sus miembros, debe dejarse constancia en el acta respectiva, que será firmada por todos los comparecientes (no sólo directores, sino todos los que hayan estado presentes en el acto). El ente debe llevar el libro de registro de actas del directorio, continente de las formalidades de los libros de comercio.

Cuando el director tuviere un interés contrario al de la sociedad, debe hacerlo saber al directorio y a los síndicos y abstenerse de intervenir en la deliberación.

Además, el director sólo puede celebrar con la sociedad los contratos que estén relacionados con la actividad en que éste opere y siempre que se concierten en las condiciones del mercado (lo cual claramente constituye una cuestión de hecho y prueba). Los contratos que no reúnan estos requisitos sólo podrán celebrarse con la previa aprobación del directorio o conformidad de la sindicatura si no existiese *quorum*. De estas operaciones deberá darse cuenta a la asamblea. Si se desaprobasen los contratos celebrados, los directores o la sindicatura en su caso, serán responsables solidariamente por los daños y perjuicios irrogados a la sociedad.

Finalmente, el director no puede participar, por cuenta propia o de terceros, en actividades en competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de la asamblea.

5.2. Para las cuestiones que impliquen una real toma de decisiones, en el sentido de dirigir la marcha de la empresa y adoptar medidas que excedan la administración ordinaria, el cargo de director es personal e indelegable. Sin embargo, los directores, que no pueden votar por correspondencia, en caso de ausencia están habilitados a autorizar a otro director a hacerlo en su nombre, si existiera *quorum*. Su responsabilidad, de todos modos, será la de los presentes.

Ahora bien, si estamos ante una empresa de considerable envergadura, probablemente las tareas a desarrollar excedan las posibilidades del trabajo de los directores, ya sea por su extensión o por exigir conocimientos técnicos concretos que no todos los miembros del directorio pueden poseer.

Por ello, el estatuto puede prever un “comité ejecutivo” integrado por directores que tengan a su cargo únicamente la gestión de los negocios ordinarios. Esta organización no modifica las obligaciones y responsabilidades de ellos, quienes deberán controlar la actuación del comité. Este instituto, pensado para las grandes empresas, tiende a dar mayor fluidez y eficiencia al manejo del giro ordinario. Por supuesto, al ser los miembros del comité ejecutivo miembros del directorio, no se modifica el régimen de responsabilidad que les atañe.

El directorio puede designar, además, gerentes generales o especiales, sean directores o no, revocables libremente, en quienes puede delegar las funciones ejecutivas de la administración. Éstos responden ante la sociedad y los terceros por el desempeño de su cargo en la misma extensión y forma que los directores; y su designación no excluye la responsabilidad de aquéllos.

5.3. En la sociedad anónima, las funciones de administración y representación del ente se encuentran íntimamente ligadas, aunque separadas. Mientras la primera está a cargo del directorio, la segunda recae, en principio, en el presidente de este órgano.

La sociedad anónima, como ente ideal, requiere de un órgano que ejerza su representación, esto es, que le permita obligarse y pueda válidamente entablar relaciones frente a terceros, imputando las consecuencias jurídicas directamente a la sociedad.

Se trata de una representación necesaria y de carácter legal. A diferencia de la representación convencional, que requiere que se establezcan taxativa y lo más precisamente posible las facultades del apoderado, el caso del representante legal de la sociedad funciona de modo inverso: no requiere autorización específica, pues puede realizar, en nombre del ente, todos los actos que no sean "notoriamente extraños al objeto social".

El objeto social, especificado en el respectivo estatuto y publicitado primero a través de edictos y luego con la inscripción ante el Registro Público de Comercio, marca el límite de la actuación del representante legal del ente, pues es la extensión de la capacidad de obrar de la sociedad.

La determinación de los actos concernientes al objeto social, esto es, que no le sean "notoriamente extraños", debe juzgarse con criterio objetivo en cada caso en particular, ponderando la actividad anterior y posterior del ente y las costumbres de su rama del comercio.

Si bien el representante legal natural, en el caso de la sociedad anónima, es el presidente del directorio, nada obsta para que, estatutariamente, se fije una forma distinta de representación, por ejemplo, la necesidad de que varios directores autoricen cierto tipo de actos relevantes para el giro empresario, lo que normalmente se conoce como representación plural.

El régimen arriba descripto se aplica aun en infracción de la organización plural, si se trata de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausentes, de adhesión o concluidos a través de formularios, salvo cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción.

Estas facultades legales de los administradores o representantes, respecto de los terceros, no afectan la validez interna de las restricciones contractuales y la responsabilidad personal de los administradores, ante la sociedad, por su infracción.

5.4. La LGS no establece un régimen integral de impugnación de las resoluciones del directorio, a diferencia de lo previsto para las decisiones asamblearias, que cuentan con sistema de impugnación y nulidad específico. Esta falta de regulación específica derivó en un interesante debate doctrinario y jurisprudencial en torno a la posibilidad de impugnación.

Quienes se inclinan por la negativa, destacan que la posibilidad de impugnar las decisiones del directorio le quitaría al órgano la rapidez y eficacia imprescindibles para el desarrollo de su labor. A su vez, se señala que en lugar de un régimen de impugnación, se ha establecido un sistema sumamente rígido de responsabilidad de los administradores y que, en atención a la posibilidad de revocación de la designación por parte de la asamblea, el órgano de gobierno puede ejercer ampliamente el control sobre la administración, volviendo innecesaria la impugnación.

En sentido contrario, se ha sostenido que la regulación sobre impugnación asamblearia es directamente aplicable a las decisiones del directorio, por lo cual su regulación específica devendría redundante. Se ha dicho también, que como acto jurídico, las resoluciones del directorio son susceptibles de ser atacadas conforme al régimen general de nulidades del derecho común, y que las deliberaciones y decisiones del directorio son impugnables, sea por vicios de su funcionamiento o por su contenido, ya que deben ajustarse a determinadas normas de funcionamiento y a sus atribuciones, limitadas por la ley y el estatuto, inspirándose en el interés social.

En una postura intermedia se encuentran quienes sostienen, con acierto, la inimpugnabilidad de las decisiones del directorio en cuanto al mérito o la conveniencia de aquéllas, aunque admiten la posibilidad de objetar los acuerdos violatorios de la ley, el estatuto o el reglamento, o que invadan la competencia de la asamblea.

Parece lógico admitir que las decisiones del directorio son susceptibles de impugnación cuando, sin introducirse en su mérito o conveniencia, se constata una violación al ordenamiento legal. Ello, pues la ley de sociedades regula la suspensión e impugnación de los actos de los órganos sociales (art. 303.1, LGS) y sus normas deben integrarse en el régimen general de las nulidades del Código Civil y Comercial, el cual es aplicable en todo lo que no tenga regulación específica. De admitirse la inimpugnabilidad, podría llegarse *de facto* a otorgarle al directorio mayores poderes de los que tiene la asamblea.

Sentado lo anterior, se plantearía el problema de quién puede iniciar la acción para impugnar la decisión del directorio. La legitimación del accionista, entonces, resulta incuestionable; ningún sentido tendría que el legislador le haya otorgado el ejercicio de la acción de responsabilidad contra el directorio o uno o más directores, si no se admite la posibilidad de impugnar las resoluciones que determinen esa responsabilidad, para evitar la consumación de un daño en el patrimonio social. Además, se hallan legiti-

mados el órgano de contralor y el síndico, junto a los miembros del consejo de vigilancia.

Si bien la cuestión dista, aún, de tener una respuesta unánime, nuestra jurisprudencia ha admitido la impugnación de decisiones del directorio suspendiéndolas y anulándolas.

Así, se ha considerado nula una resolución que sancionaba a un accionista por su "inconducta" en el desarrollo de una asamblea, calificando a la misma como ilegítima y exorbitante de las facultades legales y estatutarias previstas para el órgano de administración[(2)].

También se decidió suspender cautelarmente la resolución por la cual se designó como gerente financiero de una sociedad anónima al hijo del vicepresidente del directorio desde que la decisión fue dispuesta sin contar con las mayorías indispensables para legitimarla, ante la negativa expresa del presidente y titular de la mitad de las acciones[(3)].

A su vez, se declaró nula la decisión del directorio cuya composición fue irregularmente renovada —en el caso, en una asamblea unánime que no lo era— y, pese a ello, aprobó la venta del único inmueble de la sociedad en exceso de las facultades propias del órgano, sin que se hubiera acreditado la existencia de una asamblea posterior que hubiera ratificado tal decisión [(4)].

5.5. Los administradores de la sociedad tienen una responsabilidad profesional derivada de la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios con las que deben actuar; adecuando su accionar a lo previsto por la ley, el reglamento y el estatuto. Tal estándar requiere del juez una valoración concreta del caso litigioso para determinar sus consecuencias.

Si los administradores efectivamente provocan un daño, deben resarcirlo. Para ello, la LGS prevé dos alternativas que, como se verá, no son excluyentes y pueden ser ejercidas por los legitimados de forma simultánea.

Por un lado, existe la "acción social de responsabilidad" (arts. 275 a 278, LGS) y por otro, la "acción individual de responsabilidad" (art. 279).

La primera se aplica a una responsabilidad de tipo interna, esto es, la responsabilidad del administrador frente a la sociedad, exigible siempre que el administrador haya dañado el patrimonio social. La responsabilidad interna será "directa" cuando el administrador perjudique personal y directamente el patrimonio social y será "indirecta o derivada" cuando la sociedad responda ante terceros por la actuación de sus órganos y ejerza

---

(2) CNCom., sala D, 12/7/2012, "M., A. c. R., D. y otros s/sumarísimo".

(3) CCiv. y Com. Santa Fe, sala I, 22/2/2013, "Cazorla, Carlos Alberto c. Puccini, Rubén A. y otro s/medida cautelar".

(4) CNCom., sala E, 12/10/2012, "Achinelli, Alberto Pedro c. Agropecuaria Los Remolinos SA y otro s/ordinario".

posteriormente la acción contra sus administradores. El objeto de la acción social de responsabilidad es el resarcimiento de los daños ocasionados por el director a la sociedad, incorporando la indemnización obtenida al patrimonio del ente.

La responsabilidad de los directores y gerentes respecto de la sociedad se extingue por aprobación de su gestión o por renuncia expresa o transacción, resuelta por la asamblea, si esa responsabilidad no es por violación de la ley, el estatuto o el reglamento o si no media oposición del 5 % del capital social, por lo menos. La extinción es ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal y no afecta al derecho de los socios a iniciar la acción individual de responsabilidad.

La legitimación para interponer la acción social, en principio, corresponde a la sociedad, y debe ser decidida por resolución de la asamblea de accionistas. Puede ser adoptada aunque no conste en el orden del día, si es consecuencia directa de la resolución de asunto incluido en éste. La resolución producirá la remoción del director o directores afectados y obligará a su reemplazo. Esta acción también podrá ser ejercida por los accionistas que hubieren efectuado la oposición señalada en el párrafo anterior.

Si la acción social de responsabilidad no fuera iniciada dentro del plazo de tres meses, contados desde la fecha en que la asamblea decidió ejercerla, cualquier accionista puede promoverla. En este caso, la acción sigue siendo "social", aunque es ejercida individualmente, o sea, *ut singuli*. Esto es, que el ejercicio por parte del accionista no convierte a la acción en una individual de responsabilidad (la regulada en el art. 279), pues el objeto sigue siendo la reparación del daño ocasionado "al patrimonio del ente" y *no* al accionista en particular.

En caso de quiebra de la sociedad, la acción de responsabilidad puede ser ejercida por el representante del concurso (síndico) y, en su defecto, por los acreedores individualmente. Si es ejercida por el síndico, requiere la autorización previa otorgada por la simple mayoría del capital quirografario. Cualquier acreedor interesado puede promoverla en defecto del funcionario concursal, quien será previamente emplazado judicialmente por el término de 30 días. En este caso, la acción se deduce a costa del acreedor y sin conformidad previa de los restantes acreedores que conforman la masa.

Queda exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución, o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y da noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea o a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial.

Por otro lado, existe —como anticipamos— la "acción individual de responsabilidad" (art. 279, LGS). Aquí la norma se limita al interés personal del accionista y del tercero, y no alude a los daños infringidos a la sociedad.

Así, el demandante accionará en interés propio, pretendiendo ingresar una suma de dinero a su patrimonio, y no en interés y provecho de la sociedad. Ambas acciones, que pueden derivar de un mismo hecho dañoso, se diferencian por el carácter general o especial del perjuicio sufrido.

Cabe aclarar que, por supuesto, será carga del pretensor demostrar la causación de un daño efectivo, pero también directo y personal, en su patrimonio. Tal menoscabo debe producirse por una violación dolosa o culpable del derecho individual del accionista o tercero. No se perderá de vista que el daño directo ocasionado a los socios constituye una cuestión de dificultosa probanza, pues siempre que exista menoscabo del patrimonio social, ello impactará lisa y llanamente en el del socio. Dicho de otro modo: si la participación social pierde valor, también lo perderá el patrimonio individual del socio. De esta forma, la acción individual de responsabilidad tendrá por único objetivo la reparación del daño individual y personal que sufra el socio, y no del que se produzca por efecto de la pérdida de valor del patrimonio social.

Ejemplos de daño directo pueden observarse cuando: i) el administrador se inmiscuye personalmente en el contrato que celebra la sociedad con un tercero y comete dolo en el curso de la negociación o ejecución del contrato, facilitando información falsa u ocultando la verdadera —en ambos casos de relevancia—, la cual, de haber sido conocida por las partes del contrato, habría impedido su celebración o ejecución; ii) exista un acuerdo colusorio entre el administrador y la sociedad administrada a fin de perjudicar a un tercero, como puede acontecer si con conocimiento de los socios se elabora un balance falso para obtener préstamos financieros; iii) el administrador omita dolosamente información sobre la insolvencia de la sociedad, en cuyo caso el tercero perjudicado podrá reclamar que se le repare el daño causado, dejándolo en las mismas condiciones en las que se encontraría si hubiera recibido la información correctamente y actuado en forma diferente, o iv) se liquida dolosamente y "de hecho" a la sociedad sin haber cancelado previamente las deudas del ente, pudiendo perjudicar a socios y terceros.

Para incoar esta acción no es necesario obtener una autorización social. Tampoco su ejercicio se encuentra condicionado al de la acción entablada por parte de la sociedad. Puede ser ejercida aun en aquellos casos en los cuales la sociedad hubiera desistido de iniciar o proseguir la vía prevista, y su planteo no se realiza en subsidio de la acción social, sino independientemente, pues posee diverso contenido. Por ende, ninguna renuncia ni transacción de la sociedad puede obstaculizarla, siéndole indiferente la aprobación de la gestión del directorio.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con la acción social, la sentencia que hace lugar a la acción individual no produce la remoción de los administradores condenados, ni afecta la estructura orgánica interna del ente.

Ante el silencio del régimen societario, el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad (sea social o individual) es de difícil determinación, pues puede variar según quien la ejerce, en tanto se halle fundada en los regímenes contractual o extracontractual de responsabilidad. Esa cuestión pareciera estar solucionada con la nueva redacción del Código Civil y Comercial de la Nación, que unifica en tres años el plazo de prescripción para la responsabilidad civil (art. 2561, párr. 2°) a partir del 1 de agosto de 2015.

6. El consejo de vigilancia: concepto y caracterización. Atribuciones y deberes. Diferencias con la sindicatura. Auditoría anual. Comité de auditoría

6.1. El consejo de vigilancia es un órgano plural y colegiado, compuesto exclusivamente por accionistas, que tiene como principal función el control (de legalidad y también de mérito) de la actuación del directorio. Así, asume un rol fiscalizador y, a la vez, directivo.

La constitución del consejo de vigilancia es facultativa y debe estar prevista en el contrato social.

Será integrado por tres a quince accionistas designados por la asamblea, reelegibles y libremente revocables. El estatuto reglamentará su organización y funcionamiento.

Sus funciones son:

a) Fiscalizar la gestión del directorio: puede examinar la contabilidad social, los bienes sociales, realizar arqueos de caja, sea directamente o por peritos que designe; recabar informes sobre contratos celebrados o en trámite de celebración, aun cuando no excedan de las atribuciones del directorio; y por lo menos trimestralmente, el directorio debe presentarle un informe escrito acerca de la gestión social.

b) Convocar la asamblea cuando estime conveniente: también lo hará cuando la convocatoria sea requerida por accionistas que representen por lo menos el 5% del capital social, si los estatutos no fijaran una representación menor.

c) Aprobar o rechazar contratos especialmente relevantes para el giro empresario: siempre que el estatuto prevea esta facultad y sus alcances; si deniega la autorización, el directorio puede someterla a la decisión de la asamblea.

d) Elegir los integrantes del directorio cuando lo establezca el estatuto, sin perjuicio de su revocabilidad por la asamblea. En este caso, la remuneración será fija y la duración en el cargo podrá extenderse a 5 años.

e) Presentar a la asamblea sus observaciones sobre la memoria del directorio y los estados contables sometidos a su consideración.

f) Designar una o más comisiones para investigar o examinar cuestiones o denuncias de accionistas o para vigilar la ejecución de sus decisiones.

g) Intervenir en las demás funciones y facultades atribuidas por la ley a los síndicos, dado que cuando el estatuto organice el consejo de vigilancia, podrá prescindir de la sindicatura.

Los consejeros disidentes en número no menor de un tercio pueden convocar la asamblea de accionistas para que ésta tome conocimiento y decida acerca de la cuestión que motiva su disidencia.

Los consejeros están sujetos al mismo régimen de publicidad registral que los directores y, naturalmente, no pueden votar en la asamblea los temas vinculados a su actuación o responsabilidad. Tampoco pueden realizar actividades en competencia con el ente, salvo autorización expresa de la asamblea.

A los consejeros se les aplican las normas ya explicadas para los directores, con relación a duración en el cargo, reemplazo, renuncia, remoción y régimen de responsabilidad. También se les aplican las normas relativas al *quorum* para las reuniones del directorio.

Los consejeros están sujetos a las mismas incapacidades e incompatibilidades que los directores, pero además están alcanzados por las dispuestas para los síndicos, que se explicarán más adelante.

Como se observa, el consejo de vigilancia y la sindicatura pueden tener, a primera vista, competencias similares, sobre todo en cuanto a las funciones fiscalizadoras del consejo, lo cual podría generar un solapamiento innecesario. Por ello, es conveniente dejar asentadas algunas diferencias esenciales.

El consejo de vigilancia tiene funciones de gestión, que son completamente ajenas al órgano de fiscalización. De allí que el consejo cuente con potestades de la sindicatura, pero también con algunas que son inadmisibles en aquélla, como la facultad de nombrar directores y de aprobar o desechar algunos contratos particulares. Es que, como se dijo, el consejo puede analizar el "mérito" de las decisiones del directorio, mientras que la sindicatura sólo puede juzgar la "legalidad" del actuar de los administradores.

Se puede señalar también, como diferencia, aunque de menor relevancia, que los miembros del consejo tienen que ser accionistas, a diferencia del síndico, quien debe ser abogado o contador con título habilitante (o una sociedad integrada exclusivamente por esos profesionales).

Como se adelantó, cuando se constituye el consejo de vigilancia, no es necesario contar con sindicatura. En tal caso, se la reemplazará por una auditoría anual, contratada por el consejo de vigilancia, y su informe sobre estados contables se someterá a la asamblea.

La auditoría de los estados contables consiste en el examen de los mismos por parte de un profesional independiente, con el propósito de emitir una opinión técnica y fundada sobre ellos. El objeto de la auditoría es añadir credibilidad y sustento a las manifestaciones plasmadas en los estados contables.

La necesidad de contar con un informe de auditoría, realizada por un profesional ajeno al ente, aparece como natural en el caso de que la sociedad no cuente con sindicatura: los miembros del consejo de vigilancia, al no ser necesariamente profesionales sino socios, no cuentan con los conocimientos técnicos necesarios para efectuar un análisis crítico de la forma en que es llevada la contabilidad del ente, que permita saber si se ajusta a las correctas prácticas contables y si refleja la real situación económica de la empresa.

6.2. La ley de mercado de capitales establece que las sociedades que hagan oferta pública de sus acciones deben constituir un "comité de auditoría" que funcione en forma colegiada con tres o más miembros del directorio.

Este comité, ubicado dentro del directorio, tiene amplias facultadas de control y fiscalización, al punto de que, si está conformado, la ley autoriza a la asamblea a prescindir del órgano de fiscalización. La decisión de eliminar la comisión fiscalizadora (sindicatura plural, obligatoria para las sociedades que hacen oferta pública de valores) corresponde a la asamblea extraordinaria de accionistas que, en primera o segunda convocatoria, debe contar con la presencia, como mínimo, de accionistas que representen el 75 % de las acciones con derecho a voto. La resolución es tomada por el voto favorable del 75 % de las acciones con derecho a voto, sin aplicarse pluralidad.

Es importante que no se confunda la auditoría anual, que explicamos en los párrafos anteriores, con las funciones del comité de auditoría (nacido de la legislación foránea a partir de la expansión de las ideas del buen gobierno corporativo al que aludimos anteriormente), pues este último —que es una especie de subórgano dentro de la administración— se encarga del "control de políticas internas y de la proyección externa de información de la sociedad vinculadas con la protección del inversor y la confiabilidad del público".

Sus funciones son:

a) Opinar respecto de la propuesta del directorio para la designación de los auditores externos a contratar por la sociedad y velar por su independencia;

b) Supervisar el funcionamiento de los sistemas de control interno y del sistema administrativo-contable, así como la fiabilidad de este último y de toda la información financiera, o de otros hechos significativos, que sea presentada a la Comisión Nacional de Valores y a los mercados en cumplimiento del régimen informativo aplicable;

c) Supervisar la aplicación de las políticas en materia de información sobre la gestión de riesgos de la sociedad;

d) Proporcionar al mercado información completa respecto de las operaciones en las cuales exista conflicto de intereses con integrantes de los órganos sociales o accionistas controlantes;

e) Opinar sobre la razonabilidad de las propuestas de honorarios y de planes de opciones sobre acciones de los directores y administradores de la sociedad que formule el órgano de administración;

f) Opinar sobre el cumplimiento de las exigencias legales y sobre la razonabilidad de las condiciones de emisión de acciones o valores convertibles en acciones, en caso de aumento de capital con exclusión o limitación del derecho de preferencia;

g) Verificar el cumplimiento de las normas de conducta que resulten aplicables;

h) Emitir opinión fundada respecto de operaciones con partes relacionadas en los casos establecidos por la presente ley. Emitir opinión fundada y comunicarla a los mercados conforme lo determine la Comisión Nacional de Valores, toda vez que en la sociedad exista o pueda existir un supuesto de conflicto de intereses.

Anualmente, el comité de auditoría debe elaborar un plan de actuación para el ejercicio, del que dará cuenta al directorio y al órgano de fiscalización. Los directores, miembros del órgano de fiscalización, gerentes y auditores externos están obligados, a requerimiento del comité de auditoría, a asistir a sus sesiones y a prestarle colaboración y acceso a la información de que dispongan.

El comité puede recabar el asesoramiento de letrados y otros profesionales independientes y contratar sus servicios por cuenta de la sociedad dentro del presupuesto que a tal efecto apruebe la asamblea de accionistas.

Es importante destacar que la mayoría de los directores que integren el comité deben revestir el carácter de "independientes", en los términos de la res. gral. 622/2013 de la CNV. Esto implica, a grandes rasgos, que quien lo integre no debe ser accionista de la sociedad, ni accionista o director de cualquier otra empresa vinculada al mismo grupo económico.

El instituto ha merecido críticas. Para algunos, la LGS adopta el sistema dualista en el cual las funciones de administración y fiscalización se encuentran a cargo de órganos distintos: directorio por un lado y sindicatura, comisión fiscalizadora o consejo de vigilancia, por el otro. En cambio, lo que caracteriza a los sistemas monistas es que el directorio (*Board of Directors*) ejerce, además de la función de dirección, la función de control de la gestión de los funcionarios ejecutivos o gerentes (*management*) y no existe un órgano de fiscalización diferenciado. La incorporación de un comité de au-

ditoría, como subórgano del directorio, constituye, entonces, una alteración que sufre nuestro régimen societario como consecuencia de la importación de normas foráneas, sin una debida adecuación.

Respecto de su actuación, interesa destacar que la sala D de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, al desestimar el pedido de un director tendiente a que se le exhiba cierta documentación confidencial y relevante de la sociedad (YPF) indicó que la derivación de la cuestión al ámbito del comité de auditoría estaba "en un todo de acuerdo con una aceptada y aceptable solución propia de un buen gobierno corporativo". Indicó, además, que este comité tiene la función de "...proporcionar al mercado información completa respecto de las operaciones en las cuales exista conflicto de intereses con integrantes de los órganos sociales o accionistas controlantes y emitir opinión fundada respecto de operaciones con partes relacionadas...". Por ello, resolvió que era facultad del comité la primigenia dilucidación de conflictos intrasocietarios vinculados al ejercicio del deber-derecho de los directores de acceder a la información (en el caso, vinculada a la explotación de "Vaca Muerta") cuando es rehusado" (5).

7. Fiscalización privada: sindicatura. Carácter profesional del cargo. Atribuciones y deberes. Inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones. Duración en el cargo. Revocabilidad. Renuncia. Remuneración

La sindicatura es el órgano de fiscalización de la sociedad. Su función consiste en controlar la legalidad de los actos del directorio, con el debido deber de informar a la asamblea. Pero es importante destacar que el síndico (o síndicos) no protege, al menos de forma directa, el interés del accionista. Por el contrario, su rol se encamina a custodiar el interés social, desde el punto de vista de la legalidad de los actos de la administración. En ese mismo sentido, la sindicatura protege el interés de terceros, o de manera amplia, el interés público, pues —entre otros aspectos— debe verificar que la información contable del ente sea veraz.

El ejercicio del cargo es personal e indelegable y trae aparejado un severo régimen de responsabilidad. Por ello, la sindicatura no está subordinada a los restantes órganos; actúa (debe hacerlo) con total autonomía y con el límite, claro está, de las funciones que le asignan la ley y el estatuto.

La actuación del síndico es eminentemente técnica, por lo que se requiere que sea abogado o contador público, con título habilitante, o sociedad con responsabilidad solidaria constituida exclusivamente por estos profesionales y con domicilio real en el país. Es así que, para ejercer la sindi-

(5) CNCom., sala D, 6/11/2013, "García Del Río, Luis c. YPF SA s/exhibicion de libros".

catura societaria, la aptitud de un contador parece ser más apropiada, pues se supone que éste cuenta con conocimientos sobre auditoría, análisis de estados contables y contabilidad en general.

Son atribuciones de la sindicatura, sin perjuicio de las demás que específicamente le confiera la ley o el estatuto:

1º) Fiscalizar la administración de la sociedad, a cuyo efecto examinará los libros y la documentación siempre que lo juzgue conveniente y, por lo menos, una vez cada tres meses;

2º) Verificar en igual forma y periodicidad las disponibilidades y títulos valores, así como las obligaciones y su cumplimiento; igualmente puede solicitar la confección de balances de comprobación;

3º) Asistir con voz, pero sin voto, a las reuniones del directorio, del comité ejecutivo y de la asamblea, a todas las cuales debe ser citado;

4º) Controlar la constitución y subsistencia de la garantía de los directores y recabar las medidas necesarias para corregir cualquier irregularidad;

5º) Presentar a la asamblea ordinaria un informe escrito y fundado sobre la situación económica y financiera de la sociedad, dictaminando sobre la memoria, el inventario, el balance y el estado de resultados;

6º) Suministrar a accionistas que representen no menos del 2 % del capital, en cualquier momento que éstos se lo requieran, información sobre las materias que son de su competencia;

7º) Convocar a asamblea extraordinaria, cuando lo juzgue necesario, y a asamblea ordinaria o asambleas especiales, cuando omitiere hacerlo el directorio;

8º) Hacer incluir en el orden del día de la asamblea los puntos que considere procedentes;

9º) Vigilar que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, el estatuto, el reglamento y la decisiones asamblearias;

10) Fiscalizar la liquidación de la sociedad;

11) Investigar las denuncias que le formulen por escrito accionistas que representen no menos del 2 % del capital, mencionarlas en informe verbal a la asamblea y expresar acerca de ellas las consideraciones y proposiciones que correspondan. Convocará de inmediato a asamblea para que resuelva al respecto, cuando la situación investigada no reciba del directorio el tratamiento que conceptúe adecuado y juzgue necesario actuar con urgencia.

Los derechos de información e investigación administrativa del síndico incluyen los ejercicios económicos anteriores a su elección. Además, éste

está alcanzado por las limitaciones a la facultad de contratar con la sociedad en los mismos términos que los directores.

No pueden ser síndicos quienes se hallen inhabilitados para ser directores, conforme lo explicado anteriormente; los directores, gerentes y empleados de la misma sociedad o de otra controlada o controlante; ni los cónyuges, los parientes con consanguinidad en línea recta, los colaterales hasta el cuarto grado inclusive, y los afines dentro del segundo de los directores y gerentes generales, por similares razones a las explicadas con anterioridad.

El síndico o los síndicos serán designados por la asamblea de accionistas, y se elegirá igual número de síndicos suplentes. El estatuto precisará el término por el cual son elegidos para el cargo, que no puede exceder de tres ejercicios. No obstante, permanecerán en el mismo hasta ser reemplazados. Podrán ser reelegidos.

Su designación es revocable solamente por la asamblea de accionistas, que podrá disponerla sin causa siempre que no medie oposición del 5 % del capital social. Es nulo cualquier pacto en contrario. Si mediare oposición, la remoción sólo podrá ser causada.

La elección podrá efectuarse por clases de acciones, si así lo prevé el estatuto. Además, los socios podrán recurrir al sistema de voto acumulativo en iguales condiciones a lo explicado para los directores. Para la elección de la sindicatura (y para su remoción) cada acción dará siempre derecho a emitir un voto.

En caso de vacancia, temporal o definitiva, o de sobrevenir una causal de inhabilitación para el cargo, el síndico será reemplazado por el suplente que corresponda. De no ser posible la actuación del suplente, el directorio deberá convocar de inmediato a una asamblea general o de la clase, en su caso, a fin de hacer las designaciones hasta completar el período.

Producida una causal de impedimento durante el desempeño del cargo, el síndico debe cesar de inmediato en sus funciones e informarlo al directorio dentro del término de diez días.

La función del síndico, por los mismos motivos que explicamos antes, se presume onerosa y, como tal, debe ser remunerada por la sociedad. El estatuto puede fijar la remuneración pertinente, aunque no es necesario (ni recomendable) que establezca una suma fija, pero bien podría establecer los parámetros a los que ella debe sujetarse.

Si la remuneración no estuviera determinada por el estatuto, lo será por la asamblea. Va de suyo que la remuneración debe ser adecuada, acorde con las tareas efectivamente realizadas y proporcionales a la envergadura de la empresa y los negocios sociales. Ello, pues el funcionario tendrá responsabilidades acordes. Además, habrá que tener en cuenta los emolumentos mínimos fijados por la respectiva ley de arancel de cada profesión.

Si bien no puede dejar de señalarse que la realización de tareas contables propias del giro empresario (y no de la función fiscalizadora) o el asesoramiento profesional por parte del síndico son incompatibles con su responsabilidad y función orgánica; hay que tener en cuenta que la retribución percibida por el síndico societario, como contraprestación por tales tareas, no debe considerarse retributiva de la función sindical, que merece una terminación independiente y especifica.

Por lo demás, debe tenerse presente que los honorarios del síndico no están sujetos a las limitaciones establecidas por el art. 261 de la LGS para el caso de los directores (ver explicación en el acápite pertinente). Por ello, la remuneración del síndico no está sujeta al resultado del giro empresario; dicho de otra manera: no requiere que haya ganancias para su fijación y pago. Si la asamblea no establece los estipendios, o el síndico no está conforme con su monto, éste podrá requerir a la justicia su determinación en cualquier momento hasta que opere la prescripción.

Dado que, como regla general, la función profesional del síndico reviste el carácter de una locación de servicios, la prescripción corre por el lapso de tres años. La circunstancia de que éste no hubiese impugnado las asambleas que omitieron fijar su remuneración no puede interpretarse como una manifestación "inequívoca" de voluntad a renunciar a su derecho a cobrarla y no obstará al reclamo judicial.

8. Prescindencia de la sindicatura y sindicatura obligatoria. Sindicatura plural. Régimen de responsabilidad

Si bien la función fiscalizadora es vital para el correcto funcionamiento del ente, lo cierto es que en numerosas ocasiones, ante la escasa envergadura del negocio empresario, la constitución de un órgano especializado, con el significativo gasto a ella asociado, podría resultar superflua.

En los hechos, el rol del síndico que la ley atribuye a un profesional ajeno moral y económicamente al ente, sin relación con los accionistas y con los directores, es desempeñado, en una inmensa mayoría de los casos, por los asesores, contables o jurídicos de los socios o del directorio, que en cierto modo dependen de aquéllos, y no cuentan con la independencia y autonomía propias de su labor y que la ley exige.

Se suma a ello que en la tradición societaria vernácula, las sociedades anónimas no cumplen el rol de concentradoras de grandes capitales formados por pluralidad de socios, pues la mayoría de las empresas se inscriben como SA, con independencia del número de accionistas y del monto de capital, cuyo mínimo era (irrisoriamente) de $ 12.000, hasta que la sanción del dec. 1331/2012 lo elevó a $ 100.000.

Haciéndose cargo de esta realidad, la LGS establece que las sociedades que no estén comprendidas en ninguno de los supuestos a los que se refiere el art. 299 podrán prescindir de la sindicatura cuando así esté previsto estatutariamente. Cuando por aumento de capital resultare excedido el monto de $ 10.000.000 establecido por el segundo inciso de la norma antes citada, la asamblea que así lo resolviere debe designar síndico, sin que sea necesaria reforma de estatuto.

En los casos en que se prescinda de sindicatura, los socios pueden ejercer directamente el derecho de contralor. Al efecto, cuentan con la facultad de examinar los libros y papeles sociales y recabar del administrador los informes que estimen pertinentes. En caso de que la información sea negada por el directorio, una vez agotada la vía intrasocietara para obtenerla, el socio puede recurrir al amparo jurisdiccional para que le sean exhibidos los documentos y libros contables, haciendo efectivos sus derechos de fiscalizar la labor organizativa y de información.

Si la sociedad se encuentra incluida en alguno de los supuestos del art. 299, la existencia del órgano de fiscalización es obligatoria. Sin embargo, el ente puede optar por la constitución de un comité de auditoría, explicado anteriormente, y prescindir de la sindicatura. Tampoco será obligatoria en caso de existir un consejo de vigilancia, pues éste puede asumir las funciones de aquélla. Dicho de otra manera: la sindicatura, en el caso de las sociedades anónimas, sólo será obligatoria para las incluidas en alguna de las previsiones del art. 299 de la LGS (por ejemplo, las que hagan oferta pública de acciones o aquellas cuyo capital supere los diez millones de pesos) y que no hayan constituido el consejo de vigilancia o el comité de auditoría.

Cuando la sociedad esté comprendida en el mencionado art. 299 (excepto que se encuentre comprendida sólo por el monto de su capital —inc. 2°—), la sindicatura debe ser plural en número impar, constando —entonces— de por lo menos tres síndicos.

Siempre que la sindicatura fuere plural, actuará como cuerpo colegiado y se denominará "comisión fiscalizadora". El estatuto reglamentará su constitución y funcionamiento. En las sociedades comprendidas en el régimen de oferta pública por acciones o valores negociables de deuda, la totalidad de los miembros de la comisión deberá revestir la calidad de independientes.

A falta de regulación específica en el estatuto, le serán aplicables las normas generales de los cuerpos de funcionamiento colegiado, ya explicadas para el directorio y el consejo de vigilancia.

Deberá entonces, llevarse un libro de actas, celebrarse reuniones periódicas, sesionarse con un *quorum* mínimo de mayoría absoluta y adoptarse las decisiones con el voto de la mayoría de los presentes.

El síndico que no esté conforme con la actuación de la comisión (síndico disidente) tendrá todos los derechos, las atribuciones y los deberes que tienen individualmente los síndicos y que fueron señalados más arriba, siendo responsable por su cumplimiento.

El régimen de responsabilidad de los síndicos es, en los sustancial, equivalente al previsto para los directores, cuyas normas le son enteramente aplicables.

Éstos son ilimitada y solidariamente responsables por el incumplimiento de las obligaciones que les imponen la ley, el estatuto y el reglamento. Responden según el estándar del buen hombre de negocios (a mayor conocimiento presunto en una materia específica, mayor responsabilidad asumida), pues no debe olvidarse que se trata de profesionales supuestamente especializados en la materia, y que la razón de su nombramiento es, precisamente, el control de legalidad de la administración.

Además, son responsables solidariamente con los directores por los hechos y las omisiones de éstos, cuando el daño no se hubiera producido si hubieran actuado de conformidad con lo establecido en la ley, el estatuto, el reglamento o las decisiones asamblearias.

Esto pone de relieve la necesidad de que el síndico asista a las reuniones del directorio, a las cuales debe ser convocado. Debe dejar asentada su disconformidad y denunciar el hecho ante la asamblea, o eventualmente, ante la autoridad de contralor.

Si bien, por regla general, la responsabilidad de los síndicos en la sindicatura plural es solidaria, esto no descarta el agravamiento (o la eximición) de la responsabilidad en virtud del actuar personal de cada uno. Nótese que el disidente puede dejar asentada su postura en el acta respectiva y que le asisten todos los derechos (y obligaciones) de la sindicatura individual, para dar a conocer el acto a la asamblea y evitar los posibles efectos dañosos del ilícito.

Y es que la responsabilidad atribuible al síndico por su actuación (u omisión) es de carácter subjetivo; lo cual supone por su naturaleza la actuación personal y efectiva en el cargo.

Al respecto, se distinguen nítidamente dos tipos de acciones. Una que deberá ser declarada por la asamblea y que tiene por fin reparar el daño que la actuación negligente de la sindicatura hubiera causado al patrimonio social. La decisión de la asamblea que declare la responsabilidad importa la remoción del síndico.

La otra, de carácter personal de los socios y los terceros, que busca reparar el daño directo padecido por ellos. En ambos casos, resultan de aplicación las consideraciones hechas al tratar la responsabilidad de los directores.

9. Responsabilidad social empresaria

La RSE es una consecuencia natural del crecimiento y expansión de las grandes corporaciones y de la globalización económica, informativa y cultural. Las empresas tienen, cada vez más, la posibilidad de afectar (positiva o negativamente) a toda la comunidad en torno a la cual funcionan. Paralelamente puede observarse, sobre todo en sociedades desarrolladas, que los ciudadanos aumentan la presión sobre las empresas para que lleven adelante conductas éticamente aceptables y socialmente comprometidas. Se exige que las corporaciones sean, en definitiva, sustentables.

En este contexto, lo "sustentable" no refiere exclusivamente a la cuestión ambiental (de por sí relevante y de efectos cuantitativamente inimaginables si a daños nos referimos), sino que alude a los procesos que, en general, puedan mantenerse, replicarse y mejorarse a lo largo del tiempo.

Es difícil encontrar una definición pacífica de la RSE; en parte, porque el fenómeno se encuentra en pleno desarrollo.

Sin embargo, a los fines expositivos, puede tomarse la definición del "Libro Verde" de la Comisión Europea, que sostiene que la RSE es "la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores".

La RSE se originó en la década de 1970 en los Estados Unidos como una respuesta de la sociedad civil a ciertos actos de corrupción dentro de grandes y reconocidas compañías. A raíz de esto, se promulgaron dos leyes, una que impone multas a las empresas que paguen sobornos a compañías extranjeras, y otra que reduce las penas impuestas a empresas que cometan algún delito federal, pero que se les compruebe una conducta cívica.

Posteriormente, a principios de la década pasada, grandes casos de corrupción empresarial, como los que llevaron a las quiebras de Enron y Parmalat, minaron la confianza en la estructura corporativa en niveles casi globales, evidenciando la necesidad de crear o rediseñar mecanismos más transparentes de gestión, en protección de todos los intereses involucrados (de administradores, gerentes, accionistas, consumidores financieros o institucionales y terceros en general) y forzaron a las empresas a buscar métodos de mejorar su imagen ante la comunidad, con el doble propósito de atraer a los consumidores y de asegurar el financiamiento, haciendo a la empresa "atractiva" para los inversores.

Vale aclarar que la RSE: 1) no alude a la responsabilidad de empresas emergente de incumplimientos a deberes estrictamente jurídicos; 2) es, en principio, eminentemente voluntaria; 3) trasciende el mero cumplimiento de la legislación, y 4) se relaciona con el concepto de ética empresarial.

La RSE, consecuentemente, presenta desafíos a la empresa desde diversos aspectos.

Por un lado, en la faz interna, se exige transparencia en la gestión, que permita dar confiabilidad y asegurar la ganancia a largo plazo y la protección de la inversión. Surgen, de allí, las prácticas del buen gobierno corporativo a las que hemos aludido en el presente capítulo.

No se pierde de vista, sin embargo, que la empresa debe buscar necesariamente el lucro, pues de otra manera no lograría cumplir el objeto social. No es el objetivo de la RSE convertir a las corporaciones en actividades filantrópicas, por lo que no sorprende que uno de los conceptos básicos sea el de eficiencia, centrado en la aplicación de recursos (materiales y humanos) de la forma más racional posible.

También en la faz interna de la corporación, las prácticas modernas exigen prestar especial atención a los recursos humanos. Se busca generar sentido de pertenencia a la empresa, especializando y formando a los dependientes. La lealtad se presenta como una relación de colaboración entre los puestos ejecutivos y los trabajadores, permitiendo que estos últimos participen en la dirección de la empresa y, eventualmente, en las ganancias. En este mismo sentido, se destacan los conceptos de capacitación permanente, y toma especial relevancia la seguridad e higiene en el ámbito laboral.

Por otro lado, en la faz externa, la empresa enfrenta las presiones y expectativas particulares de la comunidad en la que está inserta. El acercarla a la comunidad representa una verdadera inversión que tiene, a la larga y presumiblemente, resultados positivos. Es de destacar que los consumidores le asignan un valor cada vez mayor al impacto social de la que eligen, por lo que mejorar la imagen empresaria redunda en un producto más atractivo y en la fidelización de los clientes.

Una arista importante en este sentido es el impacto medioambiental. Tener una buena gestión ambiental no implica, por supuesto, sólo cumplir con los mínimos legales. Importa, por el contrario, una actitud activa que favorezca la inclusión de productos "verdes" (como, por ejemplo, envases reciclados), la coordinación con otras empresas y con el estado para lograr una gestión de toda la vida útil del producto, evitando que sea desechado, y las campañas de concientización que conecten a la empresa con la comunidad.

No puede negarse que, en términos generales, las empresas contribuyen al desarrollo de las comunidades locales donde se insertan, sea con la población a través de la oferta de productos y servicios y de puestos de trabajo, sea con las autoridades, a través del pago de impuestos. Por su parte, ellas dependen de la salud, estabilidad y prosperidad de estas comunidades.

Sus posibilidades para afectar la vida social son numerosas, por ejemplo, el ofrecimiento de capacitación profesional en escuelas o universidades

e, incluso, en centros de capacitación propios de la corporación, la colaboración con ONG locales que representen los intereses de la comunidad, la colaboración y concientización sobre la protección del medio ambiente, la promoción del turismo local, la contratación de personas socialmente excluidas, el patrocinio de actividades deportivas o culturales a nivel local o la realización de donaciones para obras de beneficencia, entre muchas otras.

El reconocimiento de esta relación simbiótica que puede establecerse entre empresa y comunidad es el pilar fundamental de la RSE, pues al trabajar por mejorar la comunidad, mejora su imagen corporativa y, paralelamente, las condiciones de vida de quienes, en definitiva, utilizarán sus productos y servicios, prestan su fuerza de trabajo y aseguran su financiamiento.

Síntesis

La estructura clásica de la sociedad anónima diferencia claramente a la función de gobierno —a cargo de la asamblea— de las funciones de administración —a cargo del directorio—, de representación —a cargo del presidente del directorio— y de fiscalización —a cargo de la sindicatura—.

El directorio es un órgano social necesario para su funcionamiento; sin directorio no se configura la tipicidad de la sociedad anónima. Aquél puede ser singular o plural; aunque si es plural actuará como órgano colegiado, debiendo sesionar con el *quorum* respectivo y adoptar sus decisiones por mayoría.

El directorio es elegido por la asamblea (excepción hecha de la posibilidad de su elección por el consejo de vigilancia) y tiene a su cargo la administración de la empresa, entendida en su aspecto netamente negocial, esto es, en el manejo del giro ordinario, como en su sentido de orden societario, debiendo, como función destacada al respecto, convocar a asambleas y presidirlas.

La representación de la sociedad ante terceros es ejercida, en principio, por el presidente del directorio, cuyos actos se imputan directamente al ente, al ser su representante legal y necesario. Sus actos obligan a la sociedad en la medida que no sean notoriamente ajenos al objeto social, hayan sido o no autorizados por la asamblea o el directorio.

El estatuto puede prever la conformación de un comité ejecutivo, dentro del directorio, para llevar a cabo las operaciones atenientes al giro ordinario del negocio empresarial, sumando eficiencia y rapidez en la toma de decisiones. Puede, además, designar gerentes generales, que por su especialización, están facultados a prestar colaboración con la administración. Esta organización interna no afecta la responsabilidad del directorio.

Los directores no necesariamente serán accionistas de la sociedad. Se da, entonces, una disociación entre quienes soportan el riesgo (los accionistas) y quienes manejan efectivamente la empresa (directores), cuestión que

se ve exacerbada en las sociedades abiertas. Por ello, los miembros del directorio tienen un régimen especial de responsabilidad, debiendo responder por las consecuencias dañosas que su obrar negligente (o doloso) cause al patrimonio social, o bien, de forma directa, a los socios o a los terceros.

Por su parte, la sindicatura tiene por función principal la fiscalización de la administración, que implica un control de legalidad de su actuar, mas no un análisis de mérito sobre las decisiones que se adopten en seno del directorio. Por su función, el síndico (o la comisión fiscalizadora, si se trata de una sindicatura plural) debe ser un profesional (abogado o contador) independiente de los accionistas y de los miembros del directorio.

La sindicatura, como órgano de la sociedad anónima, sólo es obligatoria cuando la empresa esté comprendida en art. 299 de la ley general de sociedades, y siempre que no exista el comité de auditoría o consejo de vigilancia. En los demás casos, la función de contralor podrá ser ejercida directamente por los socios.

Esta estructura clásica resultó, en la práctica, insuficiente para afrontar los diversos intereses en juego que se manifiestan en las grandes empresas, sobre todo, al cotizar en el mercado de capitales. Esto se evidenció en la quiebra por administración fraudulenta de algunas grandes corporaciones multinacionales, que tuvieron graves consecuencias en el imagen empresaria y en la confianza de los mercados.

En consecuencia, surgen dos conceptos íntimamente relacionados que cambiarán la estructura de las sociedades, buscando asegurar la transparencia y la seguridad en su actuación.

Por un lado, lo que conocemos como *corporate governance* o gobierno corporativo, se enfoca en la faz interna de la estructura societaria, promoviendo códigos de buen gobierno que apuntan a asegurar la transparencia y a acercar a los accionistas a la administración del ente.

Surgen así órganos como el consejo de vigilancia y el comité de auditoría. El primero es un órgano colegiado integrado exclusivamente por accionistas, que ejerce un control directo sobre el directorio, tanto de fiscalización, como de mérito en la toma de decisiones. En cambio, el comité de auditoría está pensado especialmente para las sociedades que hagan oferta pública de valores y rompe con el esquema clásico, pues es un subórgano dentro del directorio, que ejerce funciones de administración y de fiscalización. Está enfocado a la transparencia y a la protección de los intereses de los accionistas minoritarios.

Por otro lado, el concepto de responsabilidad social empresaria busca comprometer a las corporaciones con el desarrollo de las comunidades donde funcionan y propicia un criterio ético para la toma de decisiones. Se orienta, en definitiva, a la cooperación de sociedad y empresa, generando resultados mutuamente beneficiosos.

Capítulo XVIII

Sociedades en Comandita por Acciones. Sociedades Cooperativas. Organismos públicos responsables de la fiscalización externa. Bolsas de Comercio. Fondos Comunes de Inversión

Por Ángela Montilla de Frías(1)

---

(1) Profesora especializada en Derecho Comercial, Derecho de la Empresa, Derecho Constitucional, y Docencia Universitaria. Con actuación docente en UBA, UMSA, UCES.

1. Sociedad en Comandita por Acciones

1.1. Caracterización

La sociedad en comandita por acciones tiene la particularidad de ser una sociedad por acciones con la participación de socios colectivos, que responden en forma amplia (subsidiaria, solidaria e ilimitada) y tienen a su cargo la administración. Es un tipo societario que, más allá de tener un sustento normativo propio en la Ley de Sociedades, se rige, en forma supletoria, por lo establecido tanto por lo dispuesto para la sociedad en comandita simple, con la cual comparte esta condición de tener dos tipos de socios diferenciados (comanditados y comanditarios), como también por el aporte realizado y por la asignación de la función de administración societaria y, además, y esto resulta condicionado justamente por esas dos características anteriormente mencionadas, por la forma de responsabilidad que su estado de socio le genera.

Ésta es, entonces, una sociedad que podemos caracterizar como mixta en cuanto hace a aquella diferenciación trazada entre las sociedades personales o personalistas y las de capital, la comandita por acciones aparece perfectamente enancada en el límite que separa ambas categorías.

Los socios comanditados, aportan como los de la sociedad colectiva, vale decir que sus aportes pueden ser de dar o de hacer. Los aportes no dinerarios deben, necesariamente, ser valuados, a efectos de determinar la exacta participación. Los comanditarios sólo pueden realizar aportes de dar. Son los llamados, dentro de este tipo societario, los socios capitalistas.

Encontramos, como en la sociedad en comandita simple, la figura de los socios colectivos, aquí y allí llamados comanditados, que administran y representan, que son completamente responsables, sin limitaciones, por sus obligaciones; en contrapartida, la sociedad tiene una impronta capitalista, desde que su capital está representado por acciones, y en tanto, sometido a las disposiciones de las sociedades de capital.

La diferencia con la comandita simple está en que el aporte de los socios comanditarios es siempre de dar, representado en acciones y que el tratamiento que le da la ley de sociedades es de remisión, con respecto a los socios comanditados, a lo dispuesto para la sociedad colectiva (SC) y con respecto a los comanditarios a la sociedad anónima (SA) y que en lo referido a la formación y tratamiento del capital, sigue lo dispuesto con respecto a la sociedad anónima y el régimen de las acciones.

1.2. Denominación

Como una consecuencia o por su carácter de sociedad mixta, la sociedad en comandita por acciones puede girar con denominación objetiva, como la sociedad anónima, o puede tener razón social como la sociedad colectiva.

Como en todas las sociedades, es exigencia de la ley el incluir en la denominación la especificación del tipo societario, vale decir “Sociedad en Comandita por Acciones” o su sigla o iniciales S.C.A. o SCA. La falta del aditamento del tipo societario en la denominación impedirá, inevitablemente, la inscripción regular de la misma.

1.3. Responsabilidad de los socios

Siguiendo el régimen ya establecido para la sociedad en comandita simple, los socios comanditados, como adelantáramos, responden por las deudas de la sociedad en forma solidaria (todos deben el total, con derecho a repetir de los demás obligados en caso de asumir el pago), subsidiaria (tras la falta de pago de la propia sociedad) e ilimitada (cada uno con la totalidad de sus propios bienes), es decir en la misma forma que los socios en la sociedad colectiva.

Por su parte, los socios comanditarios responden, al igual que los de la sociedad anónima, hasta el monto del aporte realizado, vale decir, de las acciones suscriptas.

1.4. Administración

La administración sólo puede ser ejercida por los socios comanditados, o por terceros designados por ellos. Es decir que quienes responden con su patrimonio personal en caso de insuficiencia del de la sociedad, son los encargados de la gestión. La administración puede ser singular, de un solo administrador, o plural. En este último caso se organizará, siguiendo, en cuanto ello resulte factible, lo previsto por la ley para el Directorio de la Sociedad Anónima.

La ley prevé expresamente la imposibilidad de los socios comanditarios de inmiscuirse en la administración, estableciendo para el caso que así lo hicieren, que adquirirán responsabilidad solidaria, e ilimitada (vale decir la responsabilidad amplia que la ley reserva a los comanditados).

Con respecto a la administración, los socios comanditarios sólo poseen derecho de examinar, inspeccionar, vigilar, verificar, brindar opinión, ello en defensa de preservar su aporte de capital y también la vigencia y sanidad de la propia sociedad y el interés de los terceros.

Puede suceder que por alguna causa la sociedad quede, circunstancialmente, sin un solo socio comanditado. Para este caso ley prevé que, en forma transitoria y por un plazo de sólo tres meses, pueda admitirse la actuación de algún socio comanditado o el nombramiento de un administrador provisorio, a los fines de no interrumpir la actividad de la sociedad, que podrán actuar cumpliendo los actos ordinarios de la administración, pero con la obligación de recomponer en ese plazo máximo las dos clases de socios o, en caso contrario, proceder a la transformación societaria o la liquidación.

1.5. Fiscalización

La Ley General de Sociedades (LGS) no prevé especialmente la fiscalización interna de la sociedad en comandita por acciones, pero resulta obvia la remisión a los preceptos dedicados a la sociedad anónima, remisión realizada en forma expresa al comienzo del tratamiento del tipo societario que aquí nos ocupa (art. 316), ya que en el art. 320, tras disponer que cuando la administración no pueda funcionar deberá ser reorganizada en el término de tres meses, establece, luego de mencionar la posibilidad de un administrador provisorio, que el mismo será nombrado por el síndico. Aquí consagra la existencia del síndico en la fiscalización interna de la S.C.A.

1.6. Gobierno

Dada la inicial remisión de la ley acerca de este tipo societario, a lo previsto para la sociedad anónima, sus diferencias hacen que se haya previsto que:

a) Ambos tipos de socios integran la Asamblea.

b) Las partes de interés de los comanditados se considerarán divididas en fracciones del mismo valor que las acciones (partes de interés de los comanditarios).

c) Que lo dispuesto (en b) regirá tanto para el cómputo de quórum como para el de voto.

1.7. Aplicación supletoria de las normas que regulan a las sociedades anónimas

Como ya expresáramos en 1.5., al inicio del tratamiento de la sociedad en comandita por acciones, la LGS dispone la remisión a lo establecido para la SA, en todo cuanto no fuese especialmente normado para este tipo mixto de sociedad.

2. Cooperativas

2.1. Concepto, naturaleza. y caracterización

Existe una discusión doctrinaria con respecto a incluir las cooperativas en el repertorio de las sociedades comerciales. Aunque en diversas recopilaciones de legislación nacional ha sido incluida en las leyes generales de sociedades. En nuestro país, las Cooperativas se rigen por la Ley de Cooperativas 20.337, la cual no la caracteriza como sociedad.

No obstante, una importante porción de nuestra doctrina sostiene el carácter de sociedad de las cooperativas, basando tal aseveración en el carác-

ter asociativo que sostiene a la persona jurídica cooperativa, la existencia de caracteres comunes con las sociedades comerciales como el establecimiento de socios, gobierno, administración y sistema de fiscalización y la existencia de atributos comunes como denominación, patrimonio, dotación de domicilio, así como la aplicabilidad de las normas generales de aportes, capital, forma de liquidación, etc.

Zanjando tal diferencia de opinión de los formadores de doctrina jurídica, señalamos que existen algunas características de las cooperativas que también servirían para diferenciarlas de las sociedades.

En primer lugar, cuentan con capital variable y duración ilimitada, no reparten utilidades sino excedentes, las reservas son manejables con fin desinteresado del lucro, reintegrando el aporte a los asociados. El número de socios o asociados no está limitado en máximo pero sí en mínimo, exigiendo un mínimo de 10 miembros, cuya asociación y cese en su calidad de socio o asociado es libre. Cada uno tiene un voto en la asamblea, independientemente del aporte realizado.

Las sociedades o entidades cooperativas nacieron por una imposición social, se reconoce como antecedente a la *Rochdale Society of Equitable Pioneers* (1844) de Inglaterra. Básicamente, su funcionamiento se basa en el principio de que uniendo las necesidades de un grupo se obtendrán beneficios para todos, mayores que los que cada uno podría lograr en caso de obrar por separado, tanto en posición de colocar el producido de su trabajo como en adquirir bienes para su consumo. En nuestro país la primera cooperativa establecida como tal fue El Hogar Obrero.

Los fundamentos de la cooperación son hacer frente a las necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes a todos los socios mediante una empresa. La diversidad de necesidades y aspiraciones (trabajo, consumo, comercialización conjunta, enseñanza, crédito, etc.) de los socios, que conforman el objeto social, define un conjunto variado de cooperativas.

Existen para nuestra ley, fundamentalmente, dos tipos de cooperativas: las de trabajo y las de consumo, y su forma de funcionamiento descripta en forma abreviada, implica que en las primeras, los trabajadores reúnen el producido por su trabajo individual para colocarlo en forma conjunta, a fin de poder negociar un mejor rendimiento económico para cada uno. En nuestro país funcionan cooperativas de tamberos (la decana SanCor, cooperativa de productores lácteos de Santa Fe y Córdoba), de funcionamiento de establecimiento educativos, etc.

Las de consumo (como fue El Hogar Obrero fundada en 1905 y dedicada, en principio, a la construcción de vivienda) obtienen precios más convenientes para la adquisición de materiales, mercaderías o insumos por las compras en cantidades considerables, mayores a las que podrían realizar

cada uno de los asociados por sí mismos, las ventajas obtenidas, reflejadas en montos de dinero, son repartidas para su utilización a los asociados, en forma proporcional al aporte realizado. En forma análoga funcionan todos los demás tipos.

2.2. Principios cooperativos

La ley 20.337 de Cooperativas, los enumera en forma conjunta con los caracteres y bajo la denominación de caracteres.

Los principios de la cooperación son lograr la integración para lograr los fines comunes de los asociados, fomentar, extender y hacer conocer los beneficios de la actuación colectiva. Dentro de los límites establecidos por las autoridades de aplicación, permitir, ayudar y fortalecer la actividad de la cooperativa, en su aspecto económico, comercial, social y cultural.

Para lograr instaurar y conseguir tales objetivos, las políticas públicas destinan planes y proyectos con el fin de desarrollar la acción cooperativa, mediante estímulos de cooperación y crediticios especiales.

2.3. Organización de las cooperativas

Para formar una cooperativa hace falta, en primer lugar, contar con el número mínimo de integrantes que fija la ley (diez asociados en general, o seis en las cooperativas simplificadas, ya sean de trabajo o agrarias). Los asociados deben tener voluntad asociativa (eso que en las sociedades llamamos *affectio societatis)*; es decir, estar dispuestos a emprender en conjunto un proyecto que implicará: a) tener definido el objeto social de la cooperativa. b) tomar decisiones en forma democrática y comprometerse a su cumplimiento; c) aportar tareas y recursos para el objetivo común; d) que los asociados cuenten con recursos para aportar al financiamiento de la obra común a emprender (por ejemplo, construir una vivienda, si se trata de una cooperativa de trabajo para la construcción o de una cooperativa de autoconstrucción); e) que el presupuesto para la puesta en marcha del proyecto se pueda financiar con aportes de los asociados, o con financiamiento bancario o de otra fuente, al menos hasta que la actividad de la cooperativa genere ingresos suficientes para cubrir todos los gastos de funcionamiento.

Las cooperativas se constituyen exclusivamente por acto único, a diferencia de las sociedades por acciones que también pueden hacerlo por suscripción pública. Ese acto constitutivo puede instrumentarse en documento público o privado. El instrumento fundacional debe ser suscripto por todos los fundadores, identificándolos (nombre, apellido, documento, estado civil, domicilio). Es decir, el elemento instrumental o acta fundacional debe contener todos los elementos sustanciales necesarios que se exigen para la constitución de una sociedad.

No establece la ley una forma de publicación especial del acta fundacional ni de los estatutos pero ellos deben ser registrados en la autoridad de aplicación el Instituto Nacional de Acción Cooperativa y Mutualidades, organismo público que cumple así con el requisito general de publicidad.

Pueden ingresar a las cooperativas, en calidad de socios o asociados, tanto personas físicas[2] como jurídicas, según las condiciones previstas en el estatuto que, según la ley vigente (20.337, art. 2º) no pueden tener limitaciones de carácter político, religioso, de nacionalidad, religión ni raza. Podría establecer el estatuto, por ejemplo, una limitación de carácter profesional, de ocupación, de localización, o de determinada capacitación que fuera indispensable o útil para el cumplimiento del objeto social.

En lo relativo a la participación de personas jurídicas, resulta útil recordar la limitación prevista por el art. 30 de la LGS por el cual está vedada la participación para las sociedades por acciones. No así las sociedades del Estado, especialmente facultadas por la propia Ley de Cooperativas, así como los Estados nacional, provinciales y municipales (arts. 18 y 19).

El retiro voluntario de los socios puede realizarse al finalizar el ejercicio social o cuando esté establecido en el estatuto, que no puede prohibirlo. En cuanto a la exclusión del socio, las causas no están establecidas en la Ley de Cooperativas, por lo que se realiza remisión a las normas sobre el tema establecidas en la LGS.

Los órganos que componen la cooperativa son:

2.3.1. Consejo de Administración

El art. 68 de la Ley de Cooperativas establece que la dirección de las operaciones sociales se halla a cargo del Consejo de Administración, “dentro de los límites que fije el estatuto, con aplicación supletoria de las normas del mandato”. Esta remisión a las normas del mandato se halla en contraposición con lo establecido por la corriente actual imperante de aplicación de la teoría del órgano en cuanto a determinar la actuación de los órganos societarios y la atribución de responsabilidad por los actos cumplidos por ellos.

El estatuto debe establecer las reglas de funcionamiento del consejo de administración, pero debe obligatoriamente reunirse por lo menos una vez al mes, o cuando lo requiera uno de sus miembros. El quórum requerido es de más de la mitad de los consejeros, por lo menos y las actas deben ser firmadas por el presidente y un consejero.

El consejo de administración puede instituir un comité ejecutivo o mesa directiva y designar gerentes, a quienes puede encomendar las funciones ejecutivas de la administración, estos miembros de la administración así

(2) Humanas, según el Código Civil y Comercial de la Nación.

nombrados, responden ante la cooperativa y los terceros por el desempeño de su cargo en la misma extensión y forma que los consejeros y su designación no excluye la responsabilidad de aquéllos.

La representación corresponde al presidente del consejo de administración. La responsabilidad de los consejeros, detallada en la ley, es similar y equivalente a la establecida por la LGS para los directores de la SA.

2.3.2. Asambleas

Ordinarias y extraordinarias, con los mismos motivos y objeto que las preceptuadas en los arts. 234 y 235 de la LGS para las SA. Pero la ley 20.337 también establece y regula las asambleas de distritos y electorales, para la finalidad de designar delegados, cuando el número de asociados sea superior a cinco mil (dado que una asamblea con más de cinco mil participantes sería de difícil realización).

Para la reunión de la general ordinaria establece que se reúna dentro de los cuatro meses del cierre anual del ejercicio.

El derecho de receso sólo puede ejercerse por cambio sustancial del objeto social.

2.3.3. Fiscalización

La fiscalización privada está a cargo de uno o más síndicos elegidos por la asamblea entre los asociados, con un número no menor de suplentes y duración en el cargo que no puede exceder de tres ejercicios. Reelegibles, si lo autoriza el estatuto.

Si el estatuto previera más de un síndico debe fijar un número impar, actuarán como cuerpo colegiado bajo la denominación de "Comisión Fiscalizadora". Los requisitos y las prohibiciones para ser síndico son asimilables a los establecidos por la LGS para los síndicos de las SA. No es exigible la categoría profesional que indica la ley mencionada y se agrega la obligatoriedad de una auditoría externa.

2.4. Régimen del capital

El capital social cooperativo es la suma de los aportes de los asociados que se divide en cuotas sociales. En las cooperativas, si bien el capital no es esencial para su concepción e identidad, es sin dudas necesario para el eficaz y eficiente desempeño de sus actividades a fin de satisfacer las necesidades de sus asociados. Tiene como características el ser ilimitado, variable, único e intangible. Las cuotas sociales que constituyen el capital, se representan por certificados o acciones con el nombre del correspondiente asociado, es decir son nominativas.

La ley establece que sólo se pueden aportar bienes determinados y susceptibles de ejecución forzosa. Quedan fuera las prestaciones de hacer como el aporte de trabajo de una persona, o el uso y goce de un alquiler. La valuación de los bienes no dinerarios se efectuará en la Asamblea Constitutiva.

Las cuotas sociales son las partes en que se divide el capital, el valor de las mismas debe estar determinado en el estatuto y son todas de un mismo valor, son transferibles sólo entre asociados y para transferirlas se debe contar con la aprobación del Consejo de Administración. Las cuotas sociales son representadas en un título o certificado nominal, asimilable a la acción, con ese nombre y que, como ésta, es susceptible de embargo o prenda.

La cuota social es la participación del asociado en la conformación del capital social y determina la medida de los derechos patrimoniales de aquél, que como ya expresáramos en 2.1., no determina participación en utilidades dependientes de las ganancias como en las sociedades comerciales, sino derecho sobre los excedentes.

2.5. Excedentes repartibles

El excedente es lo que resulta de efectuar la diferencia entre el costo y el precio del servicio prestado por la cooperativa a los asociados.

El objetivo cooperativo de obtener un beneficio económico para los asociados, al eliminar intermediarios y mayores costos o erogaciones, obtiene un beneficio, que no es aprovechado por la cooperativa, que tiene negado para sí el fin de lucro, sino que vuelve a los asociados, esa diferencia, excedente de lo utilizado en la gestión común, retorna y es repartido, en forma proporcional al aporte realizado por cada uno.

La ley establece que de esos excedentes repartibles, un 5 % sin tope de acumulación, se dispondrá para reserva legal, otro 5 % al fondo de acción asistencial y laboral o estímulo al personal; 5 % para fondo de educación y capacitación cooperativa; el saldo de todos los excedentes repartibles se abonará a los asociados en forma de retorno, o sea, en relación a los servicios utilizados o prestados, de acuerdo a la actividad o clase de cooperativa de que se trate.

En las cooperativas de consumo de bienes o servicios (mercaderías, electricidad, etc.) en proporción al consumo que hubiera hecho cada asociado en el ejercicio. En las de producción o trabajo (transporte, servicios educativos o comerciales, etc.), en proporción al trabajo efectivamente prestado cada asociado.

En las de adquisición de elementos de trabajo o productos, en proporción a las operaciones realizadas por cada uno. En las de crédito, el retorno puede formalizarse en relación al capital realizado.

2.6. La fiscalización externa de las cooperativas

El Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES), que por decreto 721/2000 reemplazara al Instituto Nacional de Acción Cooperativa y Mutualidades (INACyM), reglamenta y regula el accionar de las cooperativas y al mismo tiempo establece, reglamenta y regula su fiscalización, que ejerce de acuerdo a lo normado por la ley 20.337 en su art. 100.

La fiscalización pública lo es en relación al tipo específico de la actividad cooperativa, la cual puede coexistir con la competencia de fiscalizar atribuida a otros órganos del Estado, en relación a la actividad propia dentro del objeto social de la cooperativa, pero el alcance de la disposición (contenida en el art. 99 de la ley) no va más allá del marco de la economía cooperativa; según debe entenderse, porque en caso contrario implicaría desvirtuar la naturaleza del sistema. Así, no puede invocarse esta norma como atributo de los órganos del Estado para regir o intervenir en el orden económico cooperativo (3).

Son apelables ante el Tribunal de Apelaciones en lo Comercial correspondiente las resoluciones dictadas por la autoridad de control (INAES). La ley 20.337 no establece la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa para proceder al pedido de intervención judicial. La ley también impone y precisa sanciones para incumplimientos o infracciones.

A la fiscalización externa común a todas las cooperativas deben sumarse las especiales exigidas por las normas específicas para las cooperativas de acuerdo a las materias de su objeto, algunas de muy especial naturaleza como los servicios públicos o aquellas en que forma parte el Estado.

3. Sociedades de Garantía Recíproca

3.1. Régimen legal

Las Sociedades de Garantía Recíproca (SGR) tienen por objeto otorgar garantías líquidas a sus socios partícipes, las Pequeñas y Medianas Industrias (PyMEs) para mejorar sus condiciones de acceso al crédito (entendido éste como credibilidad para el cumplimiento de compromisos u obligaciones).

Esta actividad la pueden realizar a través de la emisión de avales financieros (préstamos), técnicos (cumplimiento de contratos) o mercantiles (ante proveedores o anticipo de clientes) y de cualesquiera de los permitidos por el derecho mediante la celebración de Contratos de Garantía Recíproca.

(3) CFed. Bahía Blanca, 8/3/1985, "Asociación Sureña de Empresas de Pompas Fúnebres de la Provincia de Buenos Aires", LA LEY, 1986-A, 629.

A su vez las SGR pueden brindar a sus socios asesoramiento técnico, económico y financiero en forma directa o a través de terceros contratados a tal fin.

Estas sociedades son un instrumento, que permite a las PyMEs garantizar cualquier tipo de compromisos u obligaciones susceptibles de apreciación dineraria. Han surgido como respuesta a los problemas que deben afrontar las PyMEs en sus relaciones de negocios con sectores de mayor tamaño o envergadura, entre las que pueden mencionarse:

- Dificultades estructurales para generar credibilidad de cumplimiento de contratos relacionado con temas de cantidad, calidad, permanencia, seguridad y sanidad.

- Falta de información sobre la región o sector al que pertenecen.

- Evaluación sobre la base de patrimonio neto y no de factibilidad de proyectos.

- Limitaciones para financiar el capital de trabajo.

- Financiamiento a largo plazo casi inexistente.

- Requerimiento de garantías hipotecarias con alto margen de cobertura.

Las SGR actúan como intermediario financiero para negociar en representación de un grupo de PyMEs mejores condiciones crediticias en cuanto a costo y plazos y asesorar sobre la formulación y presentación de sus proyectos.

En resumen las SGR tienen por fundamento permitir al socio partícipe aumentar sus garantías ante las entidades de crédito, ampliando la capacidad de endeudamiento y obtener mejora en los plazos de financiación y la posibilidad de reducir costos financieros. También canalizar líneas de financiación blandas, mediante subsidios de tasas por parte del Estado y del sector privado.

Para el socio protector suponen exención impositiva: los aportes de capital y los aportes al fondo de riesgo son deducibles totalmente del resultado impositivo para la determinación del Impuesto a las Ganancias en sus respectivas actividades, en el ejercicio fiscal en el que se efectivicen, una inversión: los activos que constituyen el Fondo de Riesgo pueden ser invertidos y obtener una renta a favor de sus titulares (socios protectores).

Para los acreedores de las PyMEs suponen una mejora en la calidad de garantía de sus deudores, obtienen una garantía autoliquidable, reducen el riesgo de incobrabilidad y la incertidumbre en los plazos largos y los costos de las cobranzas.

Para el Estado, favorecen la generación de empleo e incrementan la recaudación impositiva por arriba del sacrificio de la exención otorgada a los

socios protectores y logra transparencia en la asignación de recursos por parte del Estado.

Aparecen normadas en la Ley de Pequeña y Mediana Empresa (LPME) 24.467, a partir de su art. 32, que supletoriamente remite a la LGS, en particular a las normas relativas a las SA.

Las SGR no pueden asignar a un mismo socio partícipe garantías superiores al 5% del valor total del fondo de riesgo de cada SGR, tampoco asignar obligaciones con el mismo acreedor de más del 25% del valor total del fondo de riesgo. Para evaluar la condición de acreedor se deberán incluir las empresas vinculadas, controladas y personas físicas (humanas) y jurídicas que integren el mismo grupo económico, con excepción a este límite operativo para las garantías correspondientes a créditos otorgados por bancos públicos y garantías otorgadas a organismos públicos centralizados o descentralizados que no desarrollen actividades comerciales, industriales o financieras. Los límites operativos pueden ser extendidos por la autoridad de aplicación en algunos casos pero en forma excepcional y por decisión fundada.

No pueden bajo ningún aspecto conceder directamente créditos a sus asociados ni a terceros.

3.2. Denominación

La denominación social deberá contener la indicación "Sociedades de Garantía Recíproca", su abreviatura o las siglas S.G.R.

3.3. Tipos de socios

Partícipes: Pequeñas y medianas empresas, sean éstas personas físicas (humanas) o jurídicas, que reúnan las condiciones generales que determine la autoridad de aplicación y suscriban acciones.

Protectores: Personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, que realicen aportes al capital social y al fondo de riesgo. Estos socios no podrán celebrar contratos de garantía recíproca con la sociedad.

3.4. Constitución

Por acto único, instrumento fundacional y estatuto mediante instrumento público, con los requisitos de la LGS para la constitución de sociedades.

3.5. Capital

El capital social se integra con los aportes de los socios y se representa por acciones ordinarias nominativas de igual valor y número de votos. El estatuto social puede prever que las acciones sean registradas.

La participación de los socios protectores no puede exceder del 50% del capital social y la de cada socio partícipe no puede superar el 5% del mismo.

Los aportes deben ser integrados en efectivo, con un mínimo del 50% al momento de la suscripción, el plazo para la integración total es de un máximo de un año.

El Fondo de Riesgo, que podrá asumir la forma jurídica de un fondo fiduciario, está constituido por las asignaciones de los resultados que apruebe la Asamblea, las donaciones u aportes que reciba, los recuperos de las sumas que hubiese pagado la sociedad en cumplimiento de un contrato de garantía y el rendimiento financiero que provenga de la inversión del propio fondo en las colocaciones en que fuera constituido.

3.6. Órganos sociales

3.6.1. Consejo de Administración

Formado por tres personas, al menos una representante de socios partícipes y al menos una representante de socios protectores. Administran y representan. Pueden nombrar gerentes.

3.6.2. Asamblea

La Asamblea General Ordinaria se reunirá por lo menos una vez al año y está integrada por todos los socios o cuando, dentro del término mínimo del año, la convoque el Consejo de Administración.

La Asamblea General Extraordinaria, para todo aquello que excede a los motivos de la ordinaria, según lo previsto por la LGS, a la que también se asimila en lo relativo a convocatoria, representación y nulidades.

3.6.3. Fiscalización

La ley prevé la actuación de un órgano compuesto por tres síndicos designados por la asamblea general ordinaria. Abogado, licenciado en economía, licenciado en administración de empresas o contador público.

4. La fiscalización externa y sus fundamentos. El Régimen de Fiscalización en la Ley de Sociedades

4.1. Concepto. Fundamentos

La fiscalización consiste en examinar una actividad para comprobar si cumple con las normativas vigentes. En el sector privado, la fiscalización puede ser decretada por el Estado (para comprobar si una empresa cumple

con la ley) o de manera interna por las propias compañías (para controlar los balances, el stock y destino de las mercaderías, etc.).

En el sector público, la fiscalización o función fiscalizadora se refiere al sometimiento de la actividad económico-financiera del aparato estatal a los principios de legalidad, eficiencia y economía.

En el ámbito internacional, especialmente en el mundo anglosajón, no se distingue entre auditoría y fiscalización, se usa el término "auditoría" tanto para la actividad ejercida en el sector privado como para la ejercida respecto del sector público (auditoría gubernamental o auditoría pública), aunque con diferente contenido.

La necesidad de la fiscalización en las sociedades comerciales es un imperativo que tiene por objeto el preservar a los socios de actuación deficitaria o no conveniente de los administradores y, en su caso, denunciar o hacer saber de la existencia de tal apartamiento de la función de la administración.

En el orden interno, las distintas sociedades tienen establecido un sistema de fiscalización, en la mayoría de ellas, además del general que los socios en forma personal e indiscriminada puedan tener sobre la actividad de la administración societaria.

Pero las leyes, en los diferentes países, establecen sistema de fiscalización que realiza el propio Estado, esto por cuanto la protección de los intereses de socios y terceros, así como el carácter no personalista o de gran pluralidad de integrantes, dificulta que todos ellos puedan interesarse e inmiscuirse en cada una de las funciones de la administración.

La función de garantía de controlar el accionar societario pertenece al Estado. La oferta pública es aquella que se lanza al público en general, a todos en forma indeterminada, se invita a cualquiera, perteneciente o extraño a la sociedad. Sobre el particular el art. 2º de la ley 26.831 [(4)] dice que se considera oferta pública "la invitación que se hace a personas en general o a sectores o a grupos determinados para realizar cualquier acto jurídico con valores negociables, efectuada por los emisores o por organizaciones unipersonales o sociedades dedicadas en forma exclusiva o parcial al comercio de aquéllos, por medio de ofrecimientos personales, publicaciones periodísticas; transmisiones radiotelefónicas, telefónicas o de televisión, proyecciones cinematográficas, colocación de afiches, letreros o carteles: programas, medios electrónicos, circulares y comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión ". Según dicho artículo la oferta es pública aun cuando se haga a sectores o grupos determinados, como sería el caso de dirigirse a los médicos o abogados o ingenieros, en general. La oferta no deja de ser pública aun cuando se dirija en forma personal, mediante

(4) Ley de Mercado de Capitales.

invitaciones más o menos masivas. Lo importante a este efecto es que la oferta se dirija a personas con quienes la sociedad no tenga la obligación de ofrecerle la suscripción de las acciones por aumento de capital.

4.2. El régimen de fiscalización en la Ley de Sociedades

La inscripción de las sociedades comerciales en la República Argentina se realiza ante el Registro Público de Comercio correspondiente al domicilio social. En el caso de la ciudad de Buenos Aires, la organización y las actividades del Registro Público de Comercio están a cargo de la Inspección General de Justicia (IGJ). El art. 5º[5] de la ley SGS establece "El acto constitutivo, su modificación y el reglamento, si lo hubiese, se inscribirán en el Registro Público del domicilio social y en el Registro que corresponda al asiento de cada sucursal, incluyendo la dirección donde se instalan a los fines del artículo 11, inciso 2[6]...". Esto hace a la publicidad de la constitución y funcionamiento con respecto a los terceros, pero, tomemos en cuenta que la inscripción no es un auto automático, sino que en él comienza la labor fiscalizadora del órgano de contralor fiscalizatorio.

En esas primeras intervenciones, la IGJ comienza a controlar la normalidad del accionar societario (en este caso, la constitución y la composición, organización y distribución de funciones que la propia sociedad pretende darse).

La función de fiscalización incluye las siguientes actividades:

- Control y registración de estados contables.

- Asistencia del inspector (por pedido de asistencia) a asambleas o reuniones de órganos de administración.

- Convocatoria a asamblea por la IGJ (en los casos y por quienes la LGS permite efectuar la solicitud).

- Atender las denuncias.

- Autorizar la celebración de asamblea fuera de jurisdicción.

- Comunicación del pago de dividendos anticipados o provisionales.

- Solicitar la documentación requerida por la normativa aplicable para las sociedades o entidades de capitalización y ahorro previo para fines determinados.

La LGS también ha sido reformada por la ley 26.994, en cuanto hace a la publicidad en la documentación, estableciendo que en ella debe constar la

(5) Texto según ley 26.994 (Código Civil y Comercial de la Nación).
(6) Donde se tendrán por válidas y vinculantes las notificaciones a la sociedad.

dirección de su sede y los datos que identifiquen su inscripción en el Registro.

En la LGS, dentro de la sección V, 9, De la fiscalización estatal, el art. 299 establece la fiscalización estatal permanente, incluyendo en la misma a las SA que:

a) hagan oferta pública de sus acciones o debentures,

b) tengan capital social superior a diez millones de pesos (actualizable),

c) sean de economía mixta o de sociedad anónima con participación estatal mayoritaria,

d) realicen operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesa de prestaciones o beneficios futuros,

e) exploten concesiones o servicios públicos,

f) se trate de sociedades controlantes de o controladas por otra sujeta a fiscalización, conforme a uno de los casos anteriores,

g) (incorporado por la ley 26.994) se trate de sociedades anónimas unipersonales.

Las sociedades anónimas no incluidas en la enumeración anterior tendrán una fiscalización estatal limitada, circunscripta al contrato constitutivo, sus reformas y variaciones del capital, pero resultarán pasibles de la fiscalización permanente cuando:

a) lo soliciten accionistas que representen el 10 % del capital suscripto o algún síndico. Se limitará a los hechos que funden la solicitud;

b) cuando lo considere necesario, según resolución fundada, en resguardo del interés público.

La autoridad de control se halla facultada para imponer sanciones por violación de la ley, el estatuto o el reglamento. Las sanciones contempladas por la ley son: apercibimiento, apercibimiento con publicación, multas a la sociedad, sus directores o síndicos.

También puede solicitar al juez comercial del domicilio social: la suspensión de las resoluciones de los órganos societarios si fuesen contrarios a la ley, estatuto o reglamento, la intervención de la administración, la disolución y liquidación en los casos especiales que la misma LGS determina.

Por otra parte, la LGS dispone que la fiscalización por ella dispuesta, no obsta a la fiscalización especial que establezcan las distintas leyes especiales.

4.3. Las llamadas sociedades cerradas y abiertas

La clasificación de las sociedades anónimas en “abiertas” y “cerradas” condujo a que los diferentes estados se abocaran a la tarea de diferenciar la intensidad del control. Sin perjuicio de la intensidad del control (fiscalización estatal permanente o limitada), en casi todos los países del mundo se ha sometido a un régimen de autorización previo y rigurosa vigilancia, a las sociedades anónimas que tienen a su cargo la realización de actividades específicas, como la bancaria, aseguradora y la prestación de servicios públicos por concesión, entre otros. La emisión de acciones y títulos de deuda a ser colocados en las bolsas y mercados de valores autorizados, ha motivado la creación de organismos especiales, de superintendencia de las empresas que recurren a esas emisiones para ser colocadas en el público.

Las sociedades anónimas son cerradas cuando la participación societaria no se halla, justamente, abierta al público (los terceros a la propia sociedad). Por oposición, abiertas son aquellas que abren al público la posibilidad de participar en ella mediante la suscripción de las acciones, forma de participación de los socios en la formación del capital social.

El Estado dirige un mayor esfuerzo de contralor en las sociedades abiertas, por cuanto en éstas el hecho de acudir para su financiamiento al mercado de capitales, importa determinadas consecuencias en la estructura jurídica de la sociedad anónima, para los accionistas-inversores e incluso en la regulación de los instrumentos que sirven de vehículo para captar los fondos de financiación. La sociedad anónima se “abre” literalmente al mercado y la dispersión accionaria, imprescindible como instrumento para la acumulación de capitales, ha generado la neta separación entre la propiedad del capital y la gestión del capital, de la sociedad anónima bursátil (con negociación de sus acciones). Esto traduce, de hecho, un cada vez más posible desajuste, un traslado del poder de decisión en la sociedad anónima, del órgano de gobierno (Asamblea) hacia el órgano de administración.

El accionista clásico está mutando, de socio con poder de decisión, en inversor. Esto justifica y fundamenta la mayor injerencia estatal en la función fiscalizadora de las que son objeto las sociedades anónimas cerradas.

La ley 26.831/2012 y su decreto reglamentario (1023/2013) establecen que directores, síndicos y administradores de sociedades tendrán la carga de informar la cantidad y calidad de las acciones, títulos de deuda representativos de acciones y opciones de compra. También, los cambios en las tenencias accionarias que impliquen modificaciones en el control de las mismas. La información tendrá como destinatarios tanto a la CNV como a los mercados en los que operen con la oferta pública. Prevé la ley que la propia CNV pueda, mediante resolución fundada, eximir a ciertos sujetos de brindar la información. Esta ley introduce la obligación de la contratación de auditores externos.

5. La Inspección General de Justicia y organismos similares provinciales

5.1. Concepto. Funciones

La ley de fondo indica que debe efectuarse la inscripción de los libros contables en el Registro Público que corresponda[7] . La LGS, anexo del mismo cuerpo legal, menciona al Registro Público de Comercio en diversas normas referidas a diferentes circunstancias y personas.

Los Registros Públicos son justamente eso que su nombre indica: instituciones pertenecientes a la órbita estatal, asiento de registraciones, abierta a los interesados, donde constan y pueden consultarse la existencia, características y situaciones de lo que tiene relevancia para la vida de los ciudadanos. Así, en la órbita civil se halla organizado y en funcionamiento un Registro Público del Estado Civil y Capacidad de las Personas, Registros Profesionales, un Registro de la Propiedad Intelectual, de la Propiedad Inmueble, de la Propiedad Automotor, y en el ámbito comercial, un Registro Público de Comercio, Registro de la Propiedad Industrial y en general, en uno u otro ámbito, muchos más registros, con el fin previsto al inicio de este párrafo y los que de cada una de las propias registraciones pudieran tener relevancia en la vida de los ciudadanos.

La Inspección General de Justicia[8] tiene a su cargo, en el ámbito de la Capital Federal (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y Territorio nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, las funciones atribuidas por la legislación pertinente al Registro Público de Comercio, y la fiscalización de las sociedades por acciones (excepto la de las sometidas a la Comisión Nacional de Valores), de las constituidas en el extranjero que hagan ejercicio habitual en el país de actos comprendidos en su objeto social, establezcan sucursales, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, de las sociedades que realizan operaciones de capitalización y ahorro, de las asociaciones civiles y de las fundaciones.

¿No es provincia?

En ejercicio de sus funciones registrales, la Inspección General de Justicia:

a) organiza y lleva el Registro Público de Comercio;

b) inscribe en la matrícula a los comerciantes y auxiliares de comercio y toma razón de los actos y documentos que corresponda según la legislación comercial;

c) inscribe los contratos de sociedad comercial y sus modificaciones, y la disolución y liquidación de ésta. (Se inscriben en forma automática las modificaciones de los estatutos, disolución y liquidación de sociedades sometidas a la fiscalización de la Comisión Nacional de Valores);

(7) Arts. 323 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación.
(8) Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia, Nº 22.315.

d) lleva el Registro Nacional de Sociedades por Acciones;

e) lleva el Registro Nacional de Sociedades Extranjeras;

f) lleva los registros nacionales de asociaciones y de fundaciones.

Para el ejercicio de la función fiscalizadora, tiene las facultades generales que enunciáramos en 4 ("La fiscalización externa y sus fundamentos"), además la IGJ cumple funciones con respecto a la inscripción y registro de las Asociaciones Civiles y Fundaciones:

a) autorizar su funcionamiento, aprobar sus estatutos y reformas;

b) fiscalizar permanentemente su funcionamiento, disolución y liquidación;

c) autorizar y fiscalizar permanentemente el funcionamiento en el país de las constituidas en el extranjero, cuando pidan su reconocimiento o pretendan actuar en la República;

d) autorizar y controlar la fusión o disolución resueltas por la entidad;

e) intervenir, con facultades arbitrales, en los conflictos entre las asociaciones y sus asociados, a petición de parte y con el consentimiento de la otra. En este caso, el procedimiento y los efectos se regirán en lo pertinente por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación;

f) considerar, investigar y resolver las denuncias de los asociados o de terceros con interés legítimo;

g) dictaminar sobre consultas formuladas por las entidades;

h) asistir a las asambleas;

i) convocar a asambleas en las asociaciones y al consejo de administración en las fundaciones, a pedido de cualquier miembro; (cuando estime que la solicitud es pertinente, y si los peticionarios lo han requerido infructuosamente a sus autoridades, transcurridos treinta (30) días de formulada la solicitud. En cualquier caso, cuando constate irregularidades graves y estime imprescindible la medida, en resguardo del interés público);

j) solicitar al Ministerio de Justicia de la Nación la intervención, o requerirle el retiro de la autorización, la disolución y liquidación si verifica actos graves que importen violación de la ley, del estatuto o del reglamento o si la medida resulta necesaria en resguardo del interés público o si no pueden cumplir su objeto.

5.2. Organismos provinciales

En las diferentes provincias, la organización de los Registros Públicos poseen similares o equivalentes, cuando no idénticas regulaciones, lógico

desde que todas cumplen con lo establecido en las normas constitucionales y de organización sustantiva, pero han adoptado diferentes denominaciones, algunas de ellas, incluyendo la que respecta a la ciudad de Buenos Aires, con alguna variación con el transcurso del tiempo. Los diferentes registros son:

- Dirección de Inspección de Personas Jurídicas de la Provincia de Córdoba.
- Dirección de Inspección de Personas Jurídicas de la Provincia de Entre Ríos.
- Dirección de las Personas Jurídicas de la Provincia de Chaco.
- Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Mendoza.
- Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Tucumán.
- Dirección General de Personas Jurídicas de la Provincia de Río Negro.
- Dirección General de Superintendencia de Personas Jurídicas y Registro Público de Comercio de La Pampa.
- Dirección General del Registro Público de Comercio de la Provincia de Neuquén.
- Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Neuquén.
- Inspección General de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego.
- Inspección General de Personas Jurídicas de la Provincia de Catamarca.
- Inspección General de Personas Jurídicas de la Provincia de Formosa.
- Inspección General de Personas Jurídicas de la Provincia de Salta.
- Oficina de Constitución y Fiscalización de Personas Jurídicas y Cooperativas de la Provincia de San Luis.
- Registro Público de Comercio de la Provincia de Salta.
- Registro Público de Comercio de la Provincia de Chaco.
- Registro Público de Comercio de la Provincia de Chubut.
- Registro Público de Comercio de la Provincia de Formosa.
- Registro Público de Comercio de la Provincia de Jujuy.
- Registro Público de Comercio de la Provincia de Santa Fe.
- Registro Público de Comercio de Santiago del Estero.
- Registro Público de Comercio de La Rioja.

Más allá de las diferencias en las denominaciones, algunas provincias han dividido las funciones registrales en dos organismos. Las funciones generales son en todas similares, con la única diferencia de los montos del costo de los servicios prestados.

En la provincia de Misiones (por ac. 100/1983 de su creación) el Registro Público de Comercio, Actos, Mandatos, Contratos y Juicios Universales de Naturaleza Mercantil, lleva libros de: 1. Matrículas de comerciantes; 2. Los no comerciantes que realicen negocios en forma de explotación comercial; 3. Los agentes auxiliares de comercio. 4. Los poderes y mandatos comerciales; 5. Las habilitaciones y venias para ejercer el comercio; 6. Los contratos constitutivos y los estatutos de sociedades; 7. Los contratos comerciales. 8. Las transmisiones de establecimientos comerciales e industriales. Siguiendo el sistema que anteriormente rigió en toda la nación, se establece que este Registro funcionará en el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral Nº 1 de cada circunscripción judicial de la provincia.

Por su parte, en la provincia de Buenos Aires se halla establecida una Dirección Provincial de Personas Jurídicas y los Registros Públicos de Comercio actúan como delegación, con asiento en distintos organismo como Colegios de Escribanos, Colegios de Profesionales de Ciencias Económicas, Colegios de Abogadas y en algunos distritos en Oficinas dispuestas en edificios de Tribunales.

5.3. Competencia. Atribuciones

La Inspección General de Justicia es un organismo dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, tiene la función de registrar y fiscalizar a las sociedades comerciales, sociedades extranjeras, asociaciones civiles y fundaciones que se constituyen en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A su vez, es la encargada de la inscripción en el Registro Público de Comercio de las sociedades comerciales nacionales y extranjeras, las matrículas de los comerciantes, y de los auxiliares de comercio; ejercer el control federal de las sociedades de ahorro e implementar el Registro Nacional de Sociedades (art. 3º ley 22.315, art. 2º ley 26.047). La incorporación del tema de Lavado de Activos, incorporó como función de IJG y de todos los Registros Públicos de Comercio la fiscalización y obligación de denuncia al organismo especial de control de este tema específico a nivel nacional UIF (Unidad de Información Financiera), conexión nacional con GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional).

Estas funciones que ejerce la IGJ son indelegables y se complementan con las realizadas por los organismos registrales de las distintas provincias. A su vez sus competencias abarcan: el Registro Nacional de Sociedades (ya aclaramos que la denominación de nacional no implica jurisdicción competente en todo el país, sino que ésta se ejerce en Capital Federal y territorios nacionales), el Registro Nacional de Sociedades, la fiscalización de las socie-

dades, la rúbrica de libros y el otorgamiento y vigilancia de las matrículas, si bien el nuevo Código Civil y Comercial ya no establece la obligación de matriculación de los comerciantes, por la ley especial que rige su actividad comercial, continúa vigente la obligación de matrículas para aquellas profesiones de auxiliares del comercio que así lo requieren (martilleros, corredores de cambio).

A estas competencias debe agregarse la de ser el organismo encargado de otorgar y cancelar en todo el territorio nacional la autorización para las operaciones de sociedades de capitalización, de ahorro, de ahorro y préstamo, de economía, de constitución de capitales u otra determinación similar, que requieran bajo cualquier forma dinero o valores al público con la promesa de adjudicación o entrega de bienes, prestaciones de servicios o beneficios futuros (decreto 142.277/1943 y sus modificatorios). La IGJ está facultada para impedir el funcionamiento de sociedades y organizaciones que realicen este tipo de operaciones sin autorización o sin cumplir con los requisitos legales.

6. Superintendencia de Seguros. Banco Central de la República Argentina. Comisión Nacional de Valores. Otros organismos

6.1. Superintendencia de Seguros

Como introducción al tema recordemos que hay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto y que el objeto de este contrato es toda clase de riesgos, si existe interés asegurable y no existe prohibición expresa de la ley.

Lo expresado en el párrafo anterior surge de los dos primeros artículos de la Ley de Seguros 17.418 sancionada en 1967. Por su parte, el art. 2º de la Ley de Entidades Aseguradoras y su control 20.091, promulgado el 11 de enero de 1973, establece que sólo pueden realizar operaciones de seguros:

a) Las sociedades anónimas, cooperativas y de seguros mutuos;

b) Las sucursales o agencias de sociedades extranjeras de los tipos indicados en el inciso anterior;

c) Los organismos y entes oficiales o mixtos, nacionales, provinciales o municipales.

Tal actuación está supeditada a la autorización de la Superintendencia de Seguros que, además de autorizar el funcionamiento, realiza el control permanente de las compañías aseguradoras.

Éstas no son las únicas funciones de la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN), dependiente de la Subsecretaría de Servicios Financieros

de la Secretaría de Finanzas del Ministerio de Economía. Su expresión de fundamentos expresa que son de su competencia:

-Realizar actividades de control, supervisar e inspeccionar al mercado asegurador, conforme con los principios de la Ley de Entidades de Seguros 20.091.

- Colaborar en la definición de políticas para el mercado asegurador.

- Reglamentar capitales mínimos, sociedades extranjeras, reservas técnicas, revocar autorizaciones, liquidaciones y penas.

- Diseñar y velar por la ejecución de programas que mejoren la calidad del servicio, el costo y la celeridad en los procesos destinados a los asegurados.

- Fiscalizar a los productores, intermediarios, peritos y liquidadores de seguros. Recaudar tasas, aplicar multas y recopilar información, de acuerdo con las disposiciones legales.

6.1.1. Antecedentes. Normativa vigente

Los antecedentes primarios de supervisión de las empresas de seguros en nuestro país se encuentran en la creación de los organismos de contralor de sociedades anónimas, iniciados con el decreto del 21 de marzo de 1890 del entonces Presidente Dr. Miguel Juárez Celman, que da origen al Cuerpo de Inspectores de Sociedades Anónimas consolidado durante el año 1893, antecedente de la actual Inspección General de Personas Jurídicas.

Recién en 1937 se resuelve crear un organismo especializado que tiene por objeto el contralor de la actividad aseguradora que ya había cobrado particular importancia. Mediante el decreto 108.295 del 21 de junio de ese año se crea la SSN. No obstante, la actividad del Organismo comienza formalmente el 4 de agosto de 1938.

En forma sucesiva se fueron dictando las normas legales que, aun vigentes en nuestros días, conforman el marco de desenvolvimiento de la actividad aseguradora. La ley 17.418 del 30 de agosto de 1967 es el instrumento que legisla sobre la naturaleza y características del contrato de Seguros. La ley 20.091 regula el régimen de funcionamiento de las entidades aseguradoras y su contralor.

El 11 de febrero de 1981 se promulgó la ley 22.400 que establece el marco de actuación de los productores asesores de seguros. El 11 de febrero de 2011 la SSN dictó la resolución 35.615/2011 por la cual aprobó el marco regulatorio del reaseguro en Argentina, modificándolo de manera sustancial al establecer la obligación para todas las compañías de seguros a reasegurarse sólo con empresas radicadas en el país, salvo expresas excepciones. Como los demás organismos nacionales de control, a partir del dictado de la ley 25.246

de Lavado de Dinero, la SSN tiene entre sus funciones la de vigilar y denunciar las operaciones que incurran en conductas relacionadas con lavado de activos.

Sobre la base de este cuerpo jurídico, la Superintendencia de Seguros fue generando las disposiciones reglamentarias que regulan los aspectos particulares de su gestión. Actualmente la actividad de supervisión del organismo hace especial hincapié en el control preventivo y la solvencia de las entidades bajo su jurisdicción, con el propósito de proteger a los usuarios del sistema.

6.1.2. Competencias

La SSN brinda los siguientes servicios:

- Asesoramiento para el consumidor sobre Seguros del Hogar - Combinado Familiar.

- Biblioteca jurídica especializada en seguros.

- Certificado de Inscripción de Entidades Aseguradoras.

- Consulta de los indicadores de solvencia del mercado asegurador.

- Consultas de expedientes y trámites gestionados en la Superintendencia de Seguros de la Nación

- Denuncias por irregularidades o anomalías en la actuación de Entidades Aseguradoras, Productores Asesores de Seguros y Liquidadores de Siniestros y Averías.

- Denuncias vinculadas a Seguros de Retiro.

6.2. Banco Central de la República Argentina

6.2.1. Antecedentes

Hacia 1881, en el país coexistían diversas monedas emitidas por distintos bancos, del país o extranjeras. En ese año se instaura la moneda nacional, vinculada al patrón oro. Eso no impidió la circulación de las demás monedas. En 1891 se crean la Caja de Conversión y el Banco Nación, que ejerce la actividad y funciones que luego correspondería al Banco Central de la República Argentina (BCRA). Tras la grave crisis financiera internacional de 1929, el país se vio en terribles dificultades para mantener su economía, se instauró el control de cambios y otras medidas de intervención estatal.

Así, tras la reforma monetaria y bancaria de 1935 nace el BCRA como una entidad mixta con participación estatal y privada, que tenía entre sus funciones la exclusividad en la emisión de billetes y monedas y la regulación

de la cantidad de crédito y dinero, así como la acumulación de las reservas internacionales, el control del sistema bancario y actuar como agente financiero del Estado. En 1946 se dispuso la nacionalización del BCRA.

6.2.2. Funciones

En general, la tarea de los Bancos Centrales, que no en todos los Estados reciben tal nombre, es la de constituirse en custodios y administradores de las reservas, generalmente en oro y divisas del país. Para cumplir con tal finalidad cumplen las siguientes funciones:

- Proveedores de *dinero* de curso legal.

- Ejecutores de *políticas cambiarias*.

- Responsables de las políticas monetarias y la estabilidad de precios.

- Prestadores de los servicios de Tesorería y agentes financieros de la Deuda Pública de los gobiernos nacionales.

- Asesores del Gobierno, en los informes o estudios que resulten procedentes.

- Auditores, encargados de realizar y publicar las estadísticas relacionadas con sus funciones.

- Prestamistas de última instancia (bancos de bancos).

- Promotores del correcto funcionamiento y de la estabilidad del sistema financiero, así como de los sistemas de pagos.

- Supervisores de la solvencia y del cumplimiento de la normativa vigente, respecto de las entidades de crédito, u otras entidades o mercados financieros cuya supervisión esté bajo su tutela.

El BCRA es una entidad autárquica del Estado nacional regida por las disposiciones que surgen de su Carta Orgánica (CO) y las demás normas legales concordantes. Según surge de su propia CO, la misión primaria y fundamental del BCRA es preservar el valor de la moneda, para ello, su tarea se desenvuelve en:

a) Vigilar el buen funcionamiento del mercado financiero y aplicar la Ley de Entidades Financieras y demás normas que, en su consecuencia, se dicten;

b) Actuar como agente financiero del Estado nacional y depositario y agente del país ante las instituciones monetarias, bancarias y financieras internacionales a las cuales la Nación haya adherido;

c) Concentrar y administrar, sus reservas de oro, divisas y otros activos externos;

d) Propender al desarrollo y fortalecimiento del mercado de capital;

e) Ejecutar la política cambiaria en un todo de acuerdo con la legislación que sancione el Honorable Congreso de la Nación.

En uso de sus atribuciones y a fin de poder cumplir con sus funciones, en este caso la indicada precedentemente en a), el BCRA actúa como fiscalizador permanente y continuo de las entidades financieras, quienes no sólo deben rendirle cuenta de sus estados contables, operaciones y balances, sino que, además, se hallan sometidos a inspecciones y auditorías, concertadas o no, que abarcan la totalidad del funcionamiento, medidas de seguridad, comercialización, publicidad, etc.

Con el fin de mantener el permanente contacto con las entidades bajo su control, el BCRA mantiene un sistema de información interno u permanente, canalizado por medio de comunicaciones, que como destinadas a circular por los distintos Bancos, entidades, sus filiales sucursales y agencias autorizadas, han sido llamadas desde su nacimiento como Circulares (Circ.).

Las "A", tratan temas normativos de carácter permanente; "B": se refieren a aspectos normativos de carácter reglamentario, transitorio o circunstancial; "C": tienen carácter informativo o rectificativo; "P": Comunicados de Prensa. Por otra parte, para individualizar el tema, se utiliza abreviaturas simples: CONAU, para contabilidad y auditoría; CREFI, para préstamos financieros; OPASI, para operaciones pasivas; CAMCO, Cámaras Compensadoras; CIRMO, circulación monetaria; OPRAC, operaciones activas (préstamos en las que se incluyen lo relativo a tasas de interés); REFEX, régimen informativo de las operaciones cambiarias y obligaciones con el exterior; REMON, regulaciones monetarias; RUNOR, rubros o temas que no tienen ordenamiento propio; TINAC, títulos públicos nacionales, etc. Para individualizarlas dentro de cada uno de los temas son numeradas, así la OPASI 1 es la primera normativa emitida para regular operaciones pasivas (depósitos), y así con todas las demás.

Además de estas funciones, en especial la de rectora de la banca, por su labor reglamentaria y de control, el BCRA es la entidad encargada de la liquidación de los bancos y entidades financieras cuando éstos caen en insolvencia. Esta función le corresponde por esa misma calidad de entidad rectora y reglamentadora, pero, además, por la de garantía implícita en la calidad de guardián del valor de la moneda.

6.3. Comisión Nacional de Valores

La Comisión Nacional de Valores (CNV) es el organismo oficial que se encarga de la promoción, supervisión y control de los mercados de valores de toda la República Argentina. Desde julio de 2007, la CNV es un organismo autárquico actuante en la órbita de la Secretaría de Finanzas del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. Concentra el control de todos los sujetos

de la oferta pública de valores negociables, a fin de promover y fortalecer la igualdad de trato y de participación, creando mecanismos que permitan garantizar la eficaz asignación del ahorro hacia la inversión. La CNV es la encargada de otorgar la oferta pública, velando por la transparencia de los mercados y la correcta formación de precios en los mismos, así como la protección del público inversor, su acción también se proyecta sobre la oferta pública de contratos a término, de futuros y opciones, sobre sus mercados y cámaras de compensación, y sobre sus intermediarios.

6.3.1. Antecedentes

En 1821, a instancias del Ministro de Gobierno (de la provincia de Buenos Aires) Bernardino Rivadavia, el Consulado crea la Bolsa. El Código de Comercio (1862) no regulaba al respecto; la reforma del Código (1889) incluía un capítulo titulado "De las bolsas y mercados de comercio".

En el año 1937 se creó la Comisión de Valores dependiente del Banco Central de la República Argentina, con funciones de naturaleza consultiva. El primer Directorio de la Comisión de Valores estaba integrado por la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, el Banco Central y los bancos y casas financieras privadas. Inicialmente, la Comisión de Valores ejercitaba facultades de control de oportunidad y de control de legalidad sobre la oferta pública de títulos valores, no tenía personería jurídica y nacía de un convenio privado, sus decisiones revestían el carácter de meras recomendaciones y no tenían fuerza legal.

En el año 1946, el decreto 15.353, del 23 de mayo de 1946, ratificado por la ley 13.894 creó la "Comisión de Valores", integrada en ese entonces por representantes del Banco Central, en cuya sede funcionaba, del Banco de la Nación, del ex Banco de Crédito Industrial, de los bancos oficiales y mixtos de provincia, de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, de los bancos particulares y empresas financieras. Esta Comisión tenía como función principal la de autorizar los ofrecimientos públicos de valores, cualquiera fuera su clase o entidad emisora para poder ser cotizados en bolsa, manteniéndolo siempre en la órbita del Banco Central y con las mismas funciones que tenía anteriormente.

Con la entrada en vigencia de la ley 17.811 (1969), reglamentada por dec. 677/2001, se reguló en su totalidad el mercado de los títulos valores, abarcando la oferta pública de dichos valores, la organización y funcionamiento de las instituciones bursátiles y la actuación de los agentes de bolsa y demás personas dedicadas al comercio de títulos valores. Fue sustituida en el año 2012 por la ley 26.831, actualmente vigente que promueve la participación en el mercado de capitales de los pequeños inversores, asociaciones sindicales, asociaciones y cámaras empresariales y organizaciones profesionales y de todas las instituciones de ahorro público.

6.3.2. Funciones

Del texto de la ley 22.169 de Funciones de la CNV, surge que la misma tiene a su cargo el control de las sociedades por acciones que hagan oferta pública de sus títulos valores, siendo competencia exclusiva y excluyente de ese organismo:

a) Prestar conformidad administrativa con relación a las reformas estatutarias;

b) Fiscalizar toda variación de capital, así como la disolución y liquidación de las sociedades;

c) Fiscalizar permanentemente el funcionamiento de las sociedades.

Por su parte, de los objetivos básicos de la ley 26.831 se pueden señalar los siguientes:

- Establece una mayor regulación y fiscalización estatal en el ámbito de la oferta pública y la eliminación de la autorregulación de los mercados.

- La actividad de cualquier sujeto en el régimen de la oferta pública requerirá el previo registro ante la CNV, y en ese marco la Ley de Mercado de Capitales (LMC) utiliza la denominación de “agentes registrados” para individualizar las diferentes actividades alcanzadas que cubren los roles principales del Mercado de Capitales, las que se indican como actividades de negociación, de colocación, de distribución, de corretaje, liquidación y compensación, custodia y depósito colectivo de valores negociables, administración y custodia de productos de inversión colectiva, calificación de riesgos, y todas aquellas que, a criterio de la CNV, corresponda registrar para el desarrollo de dicho Mercado.

- La interconexión y federalización de los mercados, con fuentes de ahorro institucional y con inversores individuales, dirigida a la inversión de los pequeños, medianos y grandes ahorristas en valores negociables para inversiones en la economía argentina.

- La eliminación de la obligación de ser accionista para poder operar en los mercados.

- La unificación de los trámites de oferta pública y cotización, que quedan subsumidos en cabeza de la CNV.

- La inclusión de Universidades Públicas como agentes de calificación de riesgos.

6.4. Otros organismos

6.4.1. Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP)

Un organismo autárquico del Estado argentino dependiente del Ministerio de Economía encargado de la aplicación, percepción, recaudación

y fiscalización de las rentas e impuestos nacionales. Fue creado en 1997 mediante el decreto 618/1997 y está integrado por la Dirección General de Aduanas (DGA), la Dirección General Impositiva (DGI) y la Dirección General de los Recursos de la Seguridad Social (DGRSS).

a) La *DGA* es un órgano que tiene a su cargo la aplicación de la legislación relativa a la importación y exportación de mercaderías, como así también el control del tráfico de los bienes que ingresan o egresan en el territorio aduanero.

Su función principal es valorar, clasificar, verificar y controlar la entrada y salida de mercaderías, como así también los medios en que son transportadas, asegurando el cumplimiento de las disposiciones vigentes.

Además, la Aduana colabora en el resguardo de intereses del Estado, tales como la seguridad nacional, la economía, la salud pública y el medio ambiente, vedando el flujo de mercaderías peligrosas o ilegales.

También fomenta la cultura del cumplimiento voluntario por parte de los usuarios.

Las estrategias principales de la Aduana se vinculan con la facilitación y potenciación del comercio exterior y la verificación oportuna, a través de la sistematización y actualización permanente del servicio.

b) *DGI,* órgano que integra AFIP y tiene a su cargo la aplicación, percepción, recaudación y fiscalización de impuestos nacionales.

Entre sus funciones principales se encuentran la recaudación impositiva, el establecimiento de multas, sanciones, determinaciones de oficio, liquidación de deudas en gestión administrativa o judicial, aplicación de sanciones u otros conceptos.

b) *DGRSS* tiene a su a cargo la recaudación y fiscalización de los recursos que financian las prestaciones de la Seguridad Social.

Entre sus funciones principales se encuentran la recaudación y distribución de los aportes y contribuciones, así como también establecimiento de multas, sanciones, determinaciones de oficio, liquidación de deudas en gestión administrativa o judicial, aplicación de sanciones u otros conceptos.

Regula el conjunto de regímenes y normas adoptadas por el Estado, que tienen como objetivo mantener el nivel de vida de la población y asistir a los necesitados, mediante prestaciones en dinero y servicios, cuando son afectados por contingencias consideradas socialmente protegibles como por ejemplo la maternidad, enfermedad, vejez, los accidentes o el desempleo.

6.4.2. Superintendencia de Riesgos del Trabajo

La Superintendencia de Riesgos del Trabajo es un organismo creado por la ley 24.557 que depende de la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación. Su objetivo primordial

es garantizar el efectivo cumplimiento del derecho a la salud y seguridad de la población cuando trabaja. Centraliza su tarea en lograr trabajos decentes, preservando la salud y seguridad de los trabajadores, promoviendo la cultura de la prevención y colaborando con los compromisos del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y de los Estados provinciales en la erradicación del trabajo infantil, en la regularización del empleo y en el combate al trabajo no registrado.

6.4.3. Auditoría General de la Nación

La Auditoría General de la Nación (AGN) es el organismo que asiste técnicamente al Congreso en el control del estado de las cuentas del sector público. Fue creada en el año 1992 a partir de la ley 24.156.

Verifica el cumplimiento contable, legal y de gestión por parte del Poder Ejecutivo Nacional; controla la exposición completa, clara y veraz de las cuentas públicas y analiza la administración de los intereses fiscales, pero no coadministra: examina hechos, actos y documentos una vez finalizados los ejercicios contables de los entes que se haya decidido auditar. Con sus informes de auditoría, que incluyen comentarios, conclusiones y recomendaciones, asesora al Poder Legislativo sobre el desempeño de la Administración Pública Nacional y la situación de la hacienda pública.

7. Bolsas y Mercados de Valores

7.1. Concepto

El sistema financiero de un país está formado por el conjunto de elementos estructurales cuyo fin primordial es canalizar los excedentes financieros de algunos agentes económicos , para cubrir las necesidades financieras de otros, a través de los intermediarios del sistema. El Mercado de Valores, en sentido amplio, es el conjunto de mecanismos que permiten realizar la emisión, colocación y distribución de valores, que sean objeto de oferta pública o de intermediación. Como todo mercado existe un componente de oferta y otro de demanda. En este caso la oferta está representada por los fondos disponibles para inversiones en valores, procedentes de personas físicas o jurídicas, que constituyen el objeto de intercambio en el mercado de valores. Los demandantes de estos recursos, tanto el sector público como el privado, utilizan los valores con objeto de poder obtener los fondos que ofrecen para el financiamiento de sus necesidades. Los "valores negociables" son ofrecidos en forma general y no personalizada.

El concepto brindado de mercado de valores es amplio y se acerca más al de mercado de capitales, dentro del cual se puede encontrar a la institución mercado de valores (ya con sentido restringido) como una de las que conforman, en conjunto, el mercado de capitales. En este sentido restringido y desde el punto de vista legal, los mercados de valores son personas jurídicas

que actúan dentro de las Bolsas de Comercio, adhiriendo a las mismas a través de un convenio. De acuerdo a nuestra legislación (ley 17.811 que regula la oferta pública de bolsas y mercados de valores), los mercados de valores sólo pueden asumir la forma de Sociedades Anónimas.

7.2. Importancia

El mercado de valores es una de las fuentes más importantes para que las empresas puedan recaudar dinero. Esto permite a las empresas que cotizan en bolsa recaudar capital adicional para la expansión mediante la venta de nuevas acciones. Además, la liquidez que proporciona permite a los inversores comprar o vender las acciones existentes de forma rápida. Ésta es una característica atractiva de la inversión en acciones, en comparación con otras inversiones menos líquidas, tales como bienes inmuebles.

Los recursos invertidos por medio de las Bolsas de Valores permiten tanto a las empresas como a los gobiernos, financiar proyectos productivos y de desarrollo que generan empleos y riqueza para un país. Los aportantes de estos recursos reciben a cambio la oportunidad de invertir en una canasta de instrumentos que les permite diversificar su riesgo, optimizando sus rendimientos. Es importante destacar que las Bolsas de Valores son mercados complementarios al Sistema Financiero tradicional.

Las bolsas de valores de todo el mundo son instituciones que las sociedades establecen en su propio beneficio. A ellas acuden los inversionistas como una opción para tratar de proteger y acrecentar su ahorro financiero, aportando los recursos que, a su vez, permiten, tanto a las empresas como a los gobiernos, financiar proyectos productivos y de desarrollo, que generan empleos y riqueza.

Las bolsas de valores son mercados organizados que contribuyen a que esta canalización de financiamiento se realice de manera libre, eficiente, competitiva, equitativa y transparente, atendiendo a ciertas reglas acordadas previamente por todos los participantes en el mercado.

La Bolsa de Comercio de Buenos Aires fue fundada en 1854, reconociendo como antecedentes a la Bolsa Mercantil de 1821. La primera sede bursátil fue instalada en una casa propiedad de la familia del Gral. José de San Martín en calle San Martín 118 y efectuaba las transacciones en onzas de oro. En 1856 comenzaron a negociarse acciones de sociedades anónimas.

7.3. Funcionamiento

La ley permite la constitución de bolsas de comercio como sociedades anónimas o como asociaciones sin fines de lucro. Tienen amplios poderes de autorregulación y están legalmente autorizadas para admitir, suspender y cancelar la cotización de títulos valores, de acuerdo con sus propias normas, aprobadas por la CNV.

Se habla de Mercado Primario cuando la función es permitir la emisión y primera distribución de valores; Mercado Secundario para las transacciones posteriores, ya en circulación; Mercado de Instrumento de Deuda o de Renta Fija cuando se operan valores con rendimiento a plazo predeterminado (obligaciones negociables); Mercado de Renta Variable que remite a los instrumentos representativos de participación en el capital (el rendimiento depende de los resultados, valor de cambio de las acciones); Mercado de Plazo en que la negociación se basa en el cálculo y el riesgo que los operadores están dispuestos a asumir, o quieran atenuar.

Los mercados se definen, en cuanto a su funcionamiento, como *libres* cuando están determinados por el juego de la libre oferta y demanda, y *regulados* cuando ese encuentro de oferta y demanda se halla condicionado a las normas establecidas por el Estado. En los mercados autorregulados puede existir (como en nuestro país) una supervisión del Estado, o no. Esa supervisión en nuestro país la cumple la CNV.

7.4. Contrato celebrado en bolsa o mercado de comercio

El Código Civil y Comercial de la Nación, en su Libro Tercero, Derechos Personales, título IV, Contratos en particular, sección 1ª, capítulo 14, trata de los contratos celebrados en bolsa o mercado de comercio. El art. 1429 establece:

"*Normas aplicables*. Los contratos celebrados en una bolsa o mercado de comercio, de valores o de productos, en tanto éstos sean autorizados y operen bajo contralor estatal, se rigen por las normas dictadas por sus autoridades y aprobadas por el organismo de control. Estas normas pueden prever la liquidación del contrato por diferencia; regular las operaciones y contratos derivados; fijar garantías, márgenes y otras seguridades; establecer la determinación diaria o periódica de las posiciones de las partes y su liquidación ante eventos como el concurso, la quiebra o la muerte de una de ellas, la compensación y el establecimiento de un saldo neto de las operaciones entre las mismas partes y los demás aspectos necesarios para su operatividad".

El precepto legal es general y por tanto sólo comprende en forma amplia la contratación de los mercados o bolsas, que son muy variados. En la bolsa o mercado, los agentes (quienes participan directamente, en forma personal o electrónica en los contratos) pueden hacerlo por cuenta de otro pero en su propio nombre, o revelando por cuenta de quien actúa, vale decir por cuenta y nombre del comitente. En el primer caso, es un comisionista; en el segundo, un corredor o gestor de negocios.

El corredor de bolsa es un intermediario y actúa por una comisión. Si ha revelado el nombre de su mandatario, eso permite al tercero contratante dirigir una acción de reclama o incumplimiento contra aquél. En el caso de quien actúa sólo con su nombre (aunque por cuenta de otro), al cocontratante sólo le queda la posibilidad de actuar contra el agente, que es el único que aparece en el contrato.

El Código Civil y Comercial no contempla ninguna situación especial derivada de esta contratación especial, pero debe remarcarse que aparece por primera vez en la ley de fondo nacional el reconocimiento de la existencia de las contrataciones de bolsa o mercado.

En nuestro país, los agentes de bolsa, socios de la SA Bolsa de Comercio, tienen carácter local (Bolsa de Comercio de Buenos Aires, Bolsa de Comercio de La Plata, Bolsa de Comercio de Rosario, etc.), dado que se establecen allí donde sea necesario intermediar en la compra y venta de títulos, y se registran en cada una de las bolsas que deben efectuar publicidad sobre los agentes autorizados. A su vez, los productores bursátiles son dependientes de los agentes (que pueden ser personas físicas o jurídicas), que acercan a los clientes o potenciales clientes a los agentes.

En Buenos Aires el Mercado de Valores (MERVAL), y el Mercado Abierto Electrónico (MAE) son los mercados que realizan las operativas bursátiles. El Mercado de Valores de Buenos Aires (MERVAL) es una sociedad anónima, que agrupa a todos los operadores (Agentes y Sociedades de Bolsa) los cuales deben ser accionistas del mismo, y que opera principalmente en acciones. El MAE es un mercado autorregulado, distinto al MERVAL, y que opera principalmente en títulos de deuda. La Caja de Valores es el ente depositario de los títulos valores, realiza las transferencias entre cuentas de los comitentes, liquida dividendos (acciones), cupones de títulos públicos (renta y amortización) y envía resúmenes trimestrales a los comitentes de sus tenencias, entre otras funciones.

8. Fondos Comunes de Inversión

8.1. Concepto

Un fondo común de inversión se conforma mediante el aporte de un grupo de personas que invierten con similares objetivos de rentabilidad y riesgo. El patrimonio del grupo es administrado por un grupo de profesionales que buscarán obtener la mayor rentabilidad potencial, controlando el riesgo y los costos de invertir. Los Bancos y entidades financieras en general, constituyen y administran fondos comunes de inversión, que funcionan tomando pequeñas inversiones de distintos ahorristas y colocándolas en montos considerables, sumando las de varios participantes, logrando así mayores rendimientos, por ejemplo, por tasas con mejoras por colocaciones de mayor monto.

Los fondos constituidos pueden ser colocados en inversiones en el país o en otras plazas, buscando siempre la mayor rentabilidad posible. Un fondo puede estar invertido en diferentes operaciones, en las que, generalmente, se unifica vencimiento.

Las operaciones que abarcan los fondos son muy variadas e incluyen títulos o rentas cotizables en mercados fuera del país, obligaciones de deudas de particulares, sociedades y países, etc.

El art. 1º de la ley 24.083 de Fondos Comunes de Inversión, establece "se considera Fondo Común de Inversión al patrimonio integrado por valores mobiliarios con oferta pública, metales preciosos, divisas, derechos y obligaciones derivados de operaciones de futuro y opciones, instrumentos emitidos por entidades financieras autorizadas por el Banco Central de la República Argentina y dinero, pertenecientes a diversas personas a las cuales se les reconocen derechos de copropiedad representados por cuotapartes cartulares o escriturales. Estos fondos no constituyen sociedades y carecen de personería jurídica".

La Cámara Argentina de Fondos Comunes de Inversión (CAFCI) es una asociación civil que agrupa a las administradoras de Fondos Comunes de Inversión.

8.2. Funcionamiento

Cuando una entidad financiera capta depósitos de muchos ahorristas vuelve a prestar el dinero a muchas personas y empresas. De este modo, el riesgo que asume cada depositante se encuentra en última instancia diversificado entre todos los préstamos otorgados por el banco. Este proceso es conocido como transformación de riesgo. La colocación en fondos comunes procura generar el mejor rendimiento para un nivel de riesgo determinado o asumir el menor riesgo para obtener un nivel de rendimiento determinado comprando y vendiendo activos tales como plazos fijos, bonos y acciones disponibles en el mercado.

La creación y administración de la cartera del fondo está a cargo de una sociedad gerente; en tanto que una sociedad depositaria se encarga de la guarda y custodia de los valores y el dinero. Ambas cumplen con su función de acuerdo con un reglamento de gestión. Con el dinero aportado por los inversores se conforma el capital del fondo, que se divide en cuotapartes. El valor de las cuotapartes varía según el precio de los activos que componen el fondo y el resultado de la administración de esta cartera.

Existen fondos comunes de inversión abiertos y cerrados. Los abiertos no tienen un límite de capitalización por lo cual, a medida que se van incorporando inversores, el fondo crece y puede hacerlo ilimitadamente. Por el contrario, los fondos comunes de inversión cerrados tienen una cantidad fija de cuotapartes que no se modifica. El inversor que desee desprenderse de esta inversión debe vender su cuotaparte en el mercado. Estos fondos pueden tener oferta pública y cotizar en bolsa.

La ganancia o pérdida de un inversor se da por la diferencia entre el precio al que compra y el precio al que posteriormente vende las cuotapartes.

En el caso de los fondos cerrados, el precio depende de la oferta y la demanda y de expectativas específicas del fondo en cuestión.

8.3. Reglamento de gestión

Es así denominado el contrato que establece las normas que regirán las relaciones entre la sociedad gerente, la sociedad depositaria y los cuotapartistas y las modificaciones al mismo que pudieran presentarse. El trámite de registro de un fondo común de inversión debe ser iniciado por los representantes de los órganos del fondo quienes deberán presentar la documentación exigida por las Normas de la CMV. Registrar a la Sociedad Gerente y a la Sociedad Depositaria como órganos del Fondo Común de Inversión determinado. Controlar la actividad de los Fondos. Para ello, se efectúan periódicamente verificaciones en las sedes de las sociedades gerentes y depositarias de los fondos, para asegurar el cumplimiento de la obligación de efectuar publicaciones y controlar la situación patrimonial de las Sociedades Gerentes y de las Sociedades Depositarias.

Además, debe realizar un seguimiento del proceso de liquidación hasta la total desaparición del Fondo e intervenir cuando se presenta la situación de inhabilitación de alguno de los órganos del Fondo controlando el proceso subsidiario. Obligatoriedad de que los activos que formen parte del haber del Fondo se hallen totalmente integrados o pagado su precio al momento de la adquisición, salvo cuando se tratare de valores mobiliarios adquiridos como consecuencia del ejercicio del derecho de suscripción preferente, en cuyo caso el pago podrá ajustarse a las condiciones de emisión respectivas. En su caso, enumeración de los mercados del exterior en los cuales se realizarán inversiones; aclarando las medidas que adoptarán para contar con el precio en tiempo suficiente para la determinación del valor de la cuotaparte.

Asimismo deberá establecer pautas de administración del patrimonio del Fondo, de acuerdo a normas de prudencia y proceder con la diligencia de un buen hombre de negocios, en el exclusivo beneficio de los intereses colectivos de los cuotapartistas, priorizando los mismos respecto de los intereses individuales de las Sociedades Gerente y Depositaria. Deberá incluir una descripción de los procedimientos para lograr una rápida solución a toda divergencia que se plantee entre los órganos del Fondo y las disposiciones aplicables en los casos de sustitución del o los órganos del Fondo que se encontraran inhabilitados para actuar y de la forma y procedimientos para la modificación del propio reglamento.

Síntesis

1. Sociedad en comandita por acciones

Sociedad caracterizada como mixta por hallarse equidistante del concepto de sociedad de personas y sociedad de capitales.

Dos tipos de socios: Comanditados: aportan obligaciones de dar o hacer, son los encargados de la administración. Con respecto a las obligaciones societarias tienen responsabilidad solidaria, subsidiaria, ilimitada. Comanditarios: sólo pueden realizar aportes de dar, su responsabilidad se limita al capital aportado, no pueden inmiscuirse en la administración y si lo hacen adquieren la responsabilidad de los comanditados.

El capital se divide partes de interés y se representa en acciones. Denominación objetiva o razón social con más "Sociedad en comandita por acciones" o S.C.A. o SCA. Todos los socios integran la asamblea, para evaluar a tal efecto las partes de interés de los comanditados se consideran divididas en fracciones del mismo valor que las acciones. En cuanto a la fiscalización, la ley prevé la existencia de síndico. Para todo aquello que no está expresamente normado y en cuanto sea compatible, la ley remite subsidiariamente a lo establecido para las sociedades anónimas.

2. Cooperativas

Existe una discusión entre renombrados juristas con respecto a considerar o no a las cooperativas como sociedades. A favor, los elementos y atributos comunes con ellas, como la existencia de socios, capital común, la estructura de sus órganos (administración, asamblea, fiscalización) y nombre, domicilio, nacionalidad, patrimonio. En contra: el capital, a diferencia del de las sociedades es variable, el número de socios también, la asamblea reconoce el derecho a un voto a cada asociado, independientemente de su aporte, no existen ganancias sino excedentes repartibles y por naturaleza, tienen prohibido el fin de lucro.

La ley 20.337 que las rige las denomina simplemente Cooperativas y no Sociedades Cooperativas; no obstante, han sido históricamente anexadas al Código de Comercio e incluidas en los programas de estudio de Sociedades Comerciales.

La administración la ejerce el Consejo de Administración. A la Asamblea tienen derecho a concurrir todos los asociados y cuando el número es superior a cinco mil, se organizan asambleas de distritos. La fiscalización la lleva a cabo una sindicatura unipersonal o plural, en este último caso en número impar que lleva por nombre "Comisión fiscalizadora".

El capital se divide en cuotas sociales que se representan por certificados o acciones nominativos. No divide ganancias, sino los excedentes repartibles, que son la diferencia entre el costo y el precio del servicio prestado por la cooperativa a los asociados. Cada uno recibe el retorno de acuerdo a lo realizado, según el tipo de cooperativa de que se trate.

El Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES) tiene a su cargo la fiscalización externa de las cooperativas.

3. Sociedades de Garantía Recíproca

Tienen por objeto otorgar garantías líquidas a los socios partícipes, las PyMEs, para mejorar su acceso al crédito. Además cumplen fin de asesoramiento técnico, económico y financiero y de intermediación para la obtención de esos préstamos financieros. Actúan como avalistas de cumplimiento de contratos, anticipos, etc.

Su denominación debe incluir "Sociedad de Garantía Recíproca" o S.G.R o SGR.

Dos tipos de socios: partícipes, las PyMEs; protectores, los que realizan los aportes de capital social y al fondo de riesgo. Los socios protectores obtienen exenciones impositivas por su participación en este tipo societario.

El capital se divide en acciones nominativas. .

La constitución es por acto único, de acuerdo a lo exigido por la LGS para constituir sociedades.

La administración es ejercida por el Consejo de Administración, de tres miembros y que integran obligatoriamente ambas clases de socios.

Todos los socios participan de la Asamblea, al menos una vez al año y la fiscalización la ejerce un órgano de tres síndicos, profesionales.

4. La fiscalización externa y sus fundamentos. El Régimen de Fiscalización en la Ley de Sociedades

El fin de la fiscalización consiste en examinar una actividad para comprobar si cumple con las normativas vigentes. En el sector público, la fiscalización o función fiscalizadora se refiere al sometimiento de la actividad económico financiera del aparato estatal a los principios de legalidad, eficiencia y economía. En el privado, puede ser decretada por el Estado para comprobar si una empresa cumple con la ley.

En el caso de las sociedades es un imperativo que tiene por objeto preservar a los socios de actuación deficitaria o no conveniente de los administradores y, en su caso, denunciar o hacer saber de la existencia de tal apartamiento de la función de la administración societaria.

La Inspección General de Justicia (IGJ) ejerce la fiscalización de las sociedades en el ámbito de la Capital Federal y territorios nacionales. Su ámbito de control establece que deben inscribirse la constitución de las sociedades y todas las modificaciones que éstas puedan sufrir con posterioridad, incluyendo las designaciones de nuevas autoridades, cambios en su composición, domicilio, capital, etc.

Además la IGJ tiene funciones de inspección, atender las denuncias, convocar a asambleas cuando no lo hicieren los obligados a ello, solicitar

documentación, pedir al Tribunal que corresponda medidas precautorias o el nombramiento de interventor, etc.

En el caso de las sociedades abiertas a la suscripción de aportes por el público, esta fiscalización es lógicamente más abarcativa y a la común de la IGJ se suma la de la CNV, en cuando a los títulos representativo de valores (acciones, debentures, bonos), propios de este subtipo societario.

5. La Inspección General de Justicia y organismos similares provinciales

Los arts. 323 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación establecen la obligatoriedad de inscripción de los libros contables en el Registro Público que corresponda. La Ley General de Sociedades (19.550), anexo del CCyCN, menciona al Registro Público de Comercio en distintas normas.

Los Registros Públicos son organismos pertenecientes al Estado, asiento de registraciones y de consulta pública.

La IGJ tiene a su cargo el Registro Público de Comercio para Capital Federal (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y territorios nacionales (Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur).

La IJG lleva los registros de las sociedades comerciales, de las asociaciones y las fundaciones y las matrículas de los auxiliares de comercio requeridas por las leyes que rigen las respectivas actividades.

Además la IGJ tiene funciones amplias de inspección y facultades sancionatorias en casos de incumplimiento con la leyes, estatutos, reglamentos.

En el ámbito provincial, las diferentes provincias tienen organizados distintos entes con similares funciones, con distinta jerarquía administrativa de organización pero iguales facultades.

6. Superintendencia de Seguros. Banco Central de la República Argentina. Comisión Nacional de Valores. Otros organismos

La SSN es una autoridad de control de las compañías aseguradoras (S.A. según la ley 20.091) con amplias facultades de contralor e inspección. Asimismo, recibe denuncias relativas a la actividad aseguradora y las sociedades que prestan seguros y, en caso de insolvencia, es partícipe de la liquidación.

El Banco Central de la República Argentina cumple el rol de banca rectora, teniendo a su cargo el control de funcionamiento y legalidad de las distintas entidades bancarias, a las que dirige y reglamenta. Es el único emisor estatal de moneda, cuidando su circulación y valor. Es el prestador del servicio de Tesorería y Agente Financiera de la Deuda Pública del Gobierno Nacional. Ejecutor de las políticas monetarias. Supervisor de la solvencia de los Bancos y entidades financieras y encargado de auditar a todos ellos y publicar las correspondientes estadísticas.

La Comisión Nacional de Valores es el organismo oficial que se encarga de la promoción, supervisión y control de los mercados de valores de toda la República Argentina. Depende de la Secretaría de Finanzas, dependiente del Ministerio de Economía. Se encarga del control de las sociedades por acciones que hagan oferta pública de sus títulos valores, fiscalizando la transmisión de éstos y el funcionamiento de las sociedades emisoras.

La Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) es un organismo autárquico del Estado, depende del Ministerio de Economía y es el encargado de la aplicación, percepción, recaudación y fiscalización de las rentas e impuestos nacionales. Está compuesto por la Dirección General de Aduanas DGA (verifica y controla importación y exportación de mercaderías), Dirección General Impositiva DGI (tiene a su cargo la aplicación, percepción, recaudación y fiscalización de impuestos) y la Dirección General de los Recursos de la Seguridad Social DGRSS (recaudación y fiscalización de los recursos que financian las prestaciones de la seguridad social).

La Superintendencia de Riesgos del Trabajo depende de la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y la Auditoría General de la Nación (AGN). Es el organismo que asiste técnicamente al Congreso en el control de las cuentas del sector público.

7. Bolsas y Mercados de Valores

Las Bolsas de Comercio son sociedades anónimas, cuyos socios, los agentes de bolsa, son los encargados de comerciar como intermediarios los títulos valores emitidos por las sociedades abiertas, incluyendo los títulos de deuda de personas jurídicas privadas y públicas.

Los Mercados de Valores son personas jurídicas que actúan dentro de las Bolsas de Comercio, adhiriendo a las mismas a través de convenios. La ley 17.811 regula la oferta pública de bolsas y mercados de valores, los mercados de valores sólo pueden asumir la forma de SA.

Las sociedades que cotizan sus valores pueden recaudar por medio de la negociación de sus acciones, capital adicional para su expansión. La colocación, compra o venta se realiza en forma ágil, los intervinientes en este mercado actúan con canastas de instrumentos que les permite diversificar su riesgo, optimizando el rendimiento económico.

El Código Civil y Comercial de la Nación en su Libro Tercero, título IV, sección 1ª, capítulo 14, art. 1429, introduce la noción del contrato celebrado en bolsa o mercado de comercio, brindando definiciones y conceptos de los intervinientes y su función.

8. Fondos Comunes de Inversión

Los fondos comunes de inversión se conforman con aportes de diferentes personas, que sumados llegan a constituir sumas más representativas,

que permiten al colocador del fondo (agente de entidad bancaria o financiera), obtener mejor rendimiento por mayor monto a colocar. Los agentes, por otra parte, cuentan con información y capacitación para buscar y lograr las colocaciones más convenientes, generalmente diversificadas incluso dentro de un mismo fondo, con el fin de minimizar el riesgo. Las colocaciones pueden realizarse, en el país o internacionalmente, en valores varios, títulos de deuda y cualquier otro activo comercializable en bolsa o mercado de valores.

Quien crea y administra una cartera de inversión es la sociedad gerente del fondo. La sociedad depositaria se encarga de la guarda y custodia de valores y dinero. Sus actuaciones son regidas por el Reglamento de Gestión, que es el contrato que establece las normas que rigen las relaciones entre sociedad gerente, sociedad depositaria y cuotapartistas.

El Fondo puede ser constituido haciendo constar de antemano la utilidad que el mismo causará o por un tiempo determinado, en cuyo caso la utilidad surgirá de las ganancias obtenidas.

Capítulo XIX

El Estado y su actuación a través de la forma societaria. Agrupamientos. Delitos societarios

Por Natalia Gabriela Neme[1]

Sumario: 1. Sociedades en las que interviene el Estado. 1.1. Breve reseña histórica sobre el rol del Estado y su intervención en la economía. 1.2. La "reforma del Estado". 1.3. Régimen general. 1.4. Estructuras societarias con participación del Estado. 1.5. Estatizaciones en la era post-crisis 2001. 1.6. Nuevas modalidades de empresas públicas. 1.7. Participación accionaria de ANSeS en sociedades.— 2. Las vinculaciones entre empresarios: técnicas contractuales y societarias.— 3. Contratos de colaboración. 3.1. Normativa general de los contratos asociativos en el Código Civil y Comercial. 3.2. Negocios en participación. 3.3. Agrupaciones de colaboración. 3.4. Uniones transitorias. 3.5. Consorcios de cooperación.— 4. Infracciones e ilícitos societarios. Administración infiel. Balances e informes falsos e incompletos. Autorización de actos indebidos. Vaciamiento de empresas. Otras figuras conexas. 4.1. Infracciones y delitos societarios. 4.2. Delitos societarios previstos en la parte especial del Código Penal. 4.3. Responsabilidad penal de la persona jurídica.— Síntesis.

1. Sociedades en las que interviene el Estado

1.1. Breve reseña histórica sobre el rol del Estado y su intervención en la economía

Para lograr una mejor perspectiva sobre el rol del Estado y su intervención en la economía a través de sociedades es imprescindible hacer una breve referencia histórica.

Durante el siglo pasado, el rol del Estado y su participación en la economía interna de casi todos los países occidentales tuvo un gran desarrollo. Siguiendo esta misma línea, a partir de la segunda mitad del siglo pasado,

---

(1) Abogada. Profesora Adjunta Facultad de Ciencias Económicas, UBA.

el Estado argentino intensificó su intervención directa en la producción de algunos bienes y servicios, y emprendió la realización de diversas actividades comerciales e industriales, por entender que en ello estaba interesado el bienestar general.

Para hacerlo, utilizó distintas figuras jurídicas: algunas propias del derecho público, como las *Entidades autárquicas* —personas jurídicas de derecho público cuyo análisis es privativo del derecho administrativo— y otras, pertenecientes al derecho privado. Las principales estructuras del derecho privado utilizadas tradicionalmente han sido: i) *Empresas del Estado; ii) Sociedades de Economía Mixta; iii) Sociedades del Estado; y las iv) Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria*". A raíz de la denominada "Reforma del Estado" y del avance de las privatizaciones, durante la década de 1990 estas modalidades cayeron en desuso.

1.2. La "reforma del Estado"

En 1989 el Estado argentino inició el proceso denominado "Reforma del Estado".

A partir de las disposiciones de la ley 23.696, y en el marco de una "emergencia" (declarada por ley 23.697), se delegó en el Poder Ejecutivo la posibilidad de "…proceder a la privatización total o parcial, a la concesión total o parcial de servicios, prestaciones u obras cuya gestión actual se encuentre a su cargo, o a la liquidación de las empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas cuya propiedad pertenezca total o parcialmente al Estado Nacional".

Durante dicho período, el Estado se desprendió de la titularidad, o al menos de la gestión directa, de la mayoría de las actividades comerciales e industriales que tenía a cargo. Por lógica consecuencia, se diluyó de manera significativa la importancia práctica de todas las figuras jurídicas de intervención estatal directa. Entre las empresas del Estado que han sido privatizadas durante la década de los '90 se encuentran las siguientes: Obras Sanitarias de la Nación, Gas del Estado, Aerolíneas Argentinas, Ferrocarriles Argentinos, Subterráneos de Buenos Aires, Entel, Encotel, Agua y Energía Eléctrica.

1.3. Régimen general

El Estado puede actuar como persona de derecho privado, cuando contrata con particulares en un mismo plano de igualdad o como persona de derecho público, cuando aplica su poder público para regular la actividad de los individuos. En el primer caso, el Estado participa en el mercado a través de las actividades industriales o mercantiles y esta equiparado a cualquier particular. Por lo tanto, como dice Cassagne, cuando el Estado utiliza formas jurídicas del derecho privado, debe despojarse de las prerrogativas

que le da su carácter de poder público y someterse a las normas del derecho privado. En el segundo caso, el Estado establece el marco general en que se desenvuelve el quehacer económico y, en virtud del poder de policía que ostenta, fiscaliza el cumplimiento de las leyes y otras regulaciones.

La intervención del Estado en la órbita del derecho público se da a través de la administración central y entidades autárquicas que ejercen las funciones gubernamentales que conforman “el principio de la función vital necesaria” y definen la existencia misma del Estado, tales como el orden público, policía, defensa, relaciones exteriores, justicia, y seguridad social. El Estado ejerce estas funciones sin la necesidad de una normativa general, las cuales se encuentran autorizadas en la Constitución Nacional.

Dentro de la órbita del derecho privado, podemos clasificar la intervención del Estado en las empresas de la siguiente manera:

1. Mediante la creación de sus propias empresas: a) Empresas del Estado y b) Sociedades del Estado.

2. A través del aporte total o parcial del capital: Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria —SAPEM—.

3. A través del manejo y control total o parcial de la empresa: Sociedades de Economía Mixta.

1.4. Estructuras societarias con participación del Estado(2)

1.4.1. Empresas del Estado

Régimen legal: Ley 13.653 (modificada por ley 14.380) y ley 15.023.

Concepto: Son entidades estatales creadas por razones de interés público para desarrollar actividades de carácter industrial, comercial o de explotación de servicios públicos. La empresa del Estado es una forma de descentralizar a la administración pública para lograr eficiencia en el desarrollo de sus actividades.

Se les aplica un régimen jurídico mixto. Por un lado, normas del derecho público en lo relativo a las relaciones con la Administración y el servicio público que prestan y, por otro lado, normas del derecho privado en relación a sus actividades y explotación comercial, en especial, a sus relaciones con terceros, sean clientes, proveedores o usuarios.

Características:

1. Son creadas por ley.

2. Su patrimonio es estatal y no pueden ser declaradas en quiebra.

---

(2) Negri, Carlos María, “Unidad Temática XVI”, *Tratado teórico práctico de Instituciones del Derecho Privado*. Comentarios realizados por Roberto L. Am y Luis A. Tozzo.

3. Sus planes de acción y presupuesto deben ser aprobados por el Poder Ejecutivo.

4. No las alcanza la normativa mercantil en cuanto a libros de comercio, ni en cuanto a la inscripción en el Registro Público de Comercio.

5. Son fiscalizadas por la Sindicatura General de la Nación.

6. Gozan de exenciones impositivas.

7. Disolución y liquidación a cargo del órgano que la creó —Poder Ejecutivo—.

8. Sujeta a un control parlamentario directo a través de la Comisión Mixta Revisora de Cuentas de la Administración.

1.4.2. Sociedades de economía mixta

Régimen legal: Decreto-ley 15.349, ratificado por ley 12.962.

Concepto: Son aquellas sociedades en las cuales participan como accionistas el Estado (nacional, provincial o municipal) —o entidades autárquicas dentro de sus facultades legales— y personas o capitales privados que se constituyen para satisfacer necesidades de orden colectivo o la implantación, el desarrollo o el fomento de actividades económicas (art. 1°, dec.-ley 15.349).

Puede adoptar la forma de derecho público o privado según la finalidad que persiga o se proponga al momento de su constitución. Lo que determinará su calidad de derecho público o privado es la finalidad perseguida. Si en su finalidad predominan los fines comunitarios, altruistas, de bienestar general deberá adoptar una forma jurídica de derecho público. Si su objeto es comercial, deberá adoptar cualquiera de los tipos societarios previstos en la Ley General de Sociedades (ley 19.550, t.o. dec. 841/1984, modif. ley 26.994), en adelante, la "LGS".

Finalidad: La sociedad debe tener por objeto la satisfacción de necesidades de orden colectivo o la implantación, fomento o desarrollo de actividades económicas.

Constitución: Debe ser constituida por una ley formal promulgada por el órgano legislativo, la cual además deberá establecer su plazo de duración.

Capital y aportes: El capital se representa en acciones. El aporte estatal puede estar dado por:

a) cualquier clase de aportes de carácter patrimonial en dinero, títulos públicos o en especie, concesión de bienes en usufructo;

b) cualquier otra clase de medios aunque no fuere susceptible de ejecución forzada (como por ejemplo, exenciones impositivas, concesión de

privilegios, como exclusividad o monopolio, exenciones impositivas, compensación de riesgos, etcétera);

c) primas y subvenciones, aportes tecnológicos.

Para algunos autores muchas de las normas de la sociedad de economía mixta podrían resultar “repugnantes” al régimen previsto para las sociedades comerciales, y habrían quedado derogadas con su posterior sanción. Para estos, la posibilidad de que el Estado pueda realizar cualquier clase de aporte, constituye uno de los rasgos típicos de estas sociedades.

Administración: El presidente de la sociedad, el síndico y por lo menos un tercio de los directores deberán ser designados por el Estado. Los dos tercios restantes de los directores corresponderán a los accionistas privados. Se ha señalado que la designación de estas autoridades debe hacerse mediante un decreto del Poder Ejecutivo. Sin embargo, prevalece hoy la corriente que considera que debe aplicarse el régimen general del art. 234, inc. 2º de la LGS, el cual otorga competencia para la designación y remoción de autoridades a la asamblea ordinaria.

Derecho de veto: Es una facultad que tiene el presidente de la sociedad o, en su ausencia, cualquiera de los directores nombrados por el Estado, para vetar las resoluciones del directorio o de la asamblea de accionistas, cuando ellas fueran contrarias al decreto-ley 15.349, la ley de su creación, o a los estatutos de la sociedad. También se pueden vetar resoluciones que comprometan las conveniencias del Estado vinculadas a la sociedad. Esta es una característica que no la tiene ninguna otra sociedad. En todos los casos debe ser elevado a la autoridad administrativa que designó al funcionario que ejerció el veto para que lo mantenga o no. El mantenimiento del veto debe ser en forma expresa.

Fiscalización: Sindicatura General de la Nación y se encuentran sujetas al régimen permanente de control, de acuerdo al art. 299, inc. 3º, LGS.

Disolución: Pueden ser declaradas en quiebra. Se aplican las mismas causas de disolución previstas para las restantes sociedades en el art. 94 de la LGS con la particularidad de que, a su vencimiento y en caso de explotar servicios públicos, pueden transformarse en entidad autárquica (arts. 11 y 12 del dec.-ley 15.349/1946).

1.4.3. Sociedades del Estado

Régimen legal: Ley 20.705 y, subsidiariamente, la LGS en cuanto fueran compatibles.

Concepto: Son sociedades constituidas por el Estado Nacional, los Estados provinciales, los municipios y los organismos estatales legalmente autorizados al efecto, con exclusión absoluta de capitales privados.

Finalidad: Realizar actividades de carácter comercial, industrial o explotación de servicios públicos.

Características:

1. Pueden ser unipersonales.

2. Este tipo societario tiene elementos de sociedades anónimas comunes y de las empresas del Estado. El legislador dotó al Estado de esta estructura jurídica para que pueda actuar como empresario.

3. Poseen la autonomía y operatividad propias de las organizaciones privadas regidas por el derecho comercial.

4. Se trata de sociedades anónimas cuyo capital se encuentra totalmente integrado con fondos públicos.

5. Son creadas por ley.

6. No les son aplicables las leyes de Administración Financiera, de Obras Públicas y de Procedimientos Administrativos.

7. No pueden ser declaradas en quiebra.

8. En ningún caso pueden transformarse en sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria.

9. El capital está representado por certificados nominativos negociables entre los Estados nacionales, provinciales y municipales.

10. La liquidación se realizará de acuerdo con el régimen que se disponga para su eventualidad.

11. El límite de la responsabilidad estatal estará dado por el aporte realizado.

Órgano de administración: Directorio pluripersonal.

Se aplican para los directores y síndicos de esta sociedad las inhabilidades e incompatibilidades previstas en los arts. 264 y 286, LGS, con la excepción del inc. 4º del art. 264.

Órgano de gobierno: Es la Asamblea de accionistas en caso que exista pluralidad de socios.

Fiscalización: A cargo de la Sindicatura General de la Nación.

1.4.4. Sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria[3]

Régimen legal: LGS, arts. 308 a 314.

---

(3) CREO BAY, HORACIO D., "Las Sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria como 'autoridad pública' en la acción de amparo"; SOMAGLIA, HÉCTOR G., "Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria (SAPEM) ¿Personas jurídicas públicas o privadas?".

Concepto: Son sociedades anónimas en las cuales son propietarios el Estado nacional, los estados provinciales, los municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto o las sociedades anónimas sujetas a este régimen, de acciones que representen como mínimo el 51% del capital social —en forma individual o en conjunta— siempre y cuando estas acciones sean suficientes para prevalecer en las asambleas ordinarias y extraordinarias. La ley de sociedades enmarca también dentro de este régimen legal a aquellas sociedades donde la participación mayoritaria del Estado se produzca con posterioridad al contrato de constitución y siempre que:

1. Una asamblea especialmente convocada a ese efecto así lo determine.

2. No medie oposición de ninguno de los accionistas.

Características:

1. *Tipo societario previsto*: Sociedades anónimas regidas por el derecho privado.

2. *Socios*: Concurrencia del Estado nacional, las provincias, los municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto u otras sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, con personas físicas o jurídicas privadas.

3. Paquete accionario del Estado no menor al 51% y debe ser suficiente para prevalecer en las decisiones adoptadas en las asambleas. En virtud de que el porcentaje requerido —51%— no implica tener el porcentaje suficiente para que el Estado tenga quórum propio en el caso de asambleas extraordinarias, la jurisprudencia y doctrina coincide en que el Estado debe ser titular de por lo menos el 60% del capital social.

4. El estatuto social debe contener normas que impidan la pérdida de la mayoría del capital por nuevas emisiones de acciones, exigiendo específicamente la prevalencia mayoritaria del Estado y disponer que cualquier enajenación de acciones que implique la pérdida de la mayoría deberá ser autorizada por ley. Si el Estado perdiera la mayoría del capital, la sociedad pasaría a regirse por las disposiciones comunes a las sociedades anónimas.

5. Pueden ser declaradas en concurso o quiebra.

6. *Liquidación:* Será cumplida por la autoridad administrativa que designe el Estado.

7. *Fiscalización*: Sindicatura General de la Nación. También se encuentran sujetas al régimen de control permanente prevista en el art. 299, inc. ..., LGS.

8. *Transformación*: Pueden transformarse en sociedades del Estado.

Directores y síndicos: Se aplican para los directores y síndicos de estas sociedades las inhabilidades e incompatibilidades previstas en los arts. 264

y 286 de la LGS con la excepción del inc. 4º del art. 264 que hace referencia a los funcionarios públicos, por tratarse de una sociedad estatal. En cuanto a su remuneración, no se les aplica el límite previsto en la LGS para los directores.

Directores y síndicos por la minoría no estatal: El estatuto podrá prever la designación por la minoría de uno o más directores o de uno o más síndicos cuando la minoría no alcance el 20% del capital social. Sin embargo, la designación será obligatoria cuando el paquete accionario minoritario alcance el 20% del capital social. En tal caso, la minoría tendrá representación proporcional en el directorio y elegirá por lo menos uno de los síndicos. No son de aplicación las pautas de elección de directores por voto acumulativo previstas en el art. 263, LGS.

Las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria han generado una disputa doctrinaria, por la forma general en que se entremezclan sus regulaciones jurídicas con aplicaciones de Derecho Público y de Derecho Privado, de la cual emergen dos opiniones: la de quienes entienden que estas sociedades son de orden privado u la de los que también ven en ellas sujetos del derecho administrativo.

1.5. Estatizaciones en la era post-crisis 2001

Si comparamos el proceso de "Reforma del Estado" con el proceso iniciado en el año 2003 —post crisis 2001—, no caben dudas de que se han producido importantes cambios y que ellos demuestran marcadas diferencias en la concepción ideológica sobre el rol que debe cumplir el Estado en la economía, especialmente en materia de gestión estatal. Sin embargo, para algunos autores, estos casos de estatización no indicaron una renovación del modelo de la "empresa estatal".

Entre las razones que mencionan para llegar a tal conclusión se encuentran las siguientes:

i) Las empresas estatizadas son una pequeña minoría en relación a las anteriormente privatizadas;

ii) En la mayoría de los casos, tales estatizaciones fueron justificadas en incumplimientos contractuales por parte del concesionario y en defectos en la prestación del servicio.

iii) Existen casos, numéricamente significativos de "privatizaciones fallidas", en los cuales se ha insistido en procurar una solución dentro del marco de la regulación vigente y dentro de las pautas de los contratos de concesión o licencias.

No obstante y como ya adelantamos, es evidente que a partir de la crisis de 2001/2002 ha existido una predisposición más favorable hacia la participación estatal en la economía.

Los principales casos de intervención estatal directa desde el año 2003 son:

1.5.1. LAFSA (Líneas Aéreas Federales S.A.)

Frente a la crisis de las empresas LAPA y DINAR, el Gobierno nacional dictó los DNUs 1238/2003 y 337/2003 por medio de los cuales se dispuso la constitución "de una sociedad anónima con vocación de transitoriedad en la órbita estatal y hasta tanto se privatice, bajo el régimen de la [LGS]".

El art. 8° del decreto 1238/2003, en una redacción que sería posteriormente reiterada en la creación de otras sociedades por parte del Estado, dispuso que "[l]a Sociedad a crearse se regirá por las normas y principios del derecho privado, por lo que no le serán aplicables los regímenes de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549 y de Contrataciones del Estado Decreto N° 1023 de fecha 13 de agosto de 2001 y sus modificatorias, ni en general, normas o principios de derecho administrativo, sin perjuicio de los controles que resulten aplicables por imperio de la Ley 24.156". El art. 2° establecía que el 100% del capital de la sociedad a crearse pertenecería al Estado Nacional, componiéndose de la siguiente manera: el 20% por Intercargo Sociedad Anónima Comercial, el 40% por el Ministerio de Economía y 40% restante por el Ministerio de Planificación Federal.

La empresa se declaró en estado de disolución y en el mes de marzo 2013 se dispuso la quiebra de la empresa.

1.5.2. Correo Argentino

En el año 2003, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 1075/2003 mediante el cual se rescindió, por incumplimiento, el contrato de concesión de Correo Argentino S.A. El Estado nacional imputaba al concesionario privado la falta de pago del "canon", entre otros incumplimientos.

Mediante el decreto 1075/2003 se recuperó el servicio postal para el patrimonio estatal, denominándose Correo Oficial de la República Argentina S.A. (CORASA) y manteniéndose la denominación comercial de Correo Argentino.

1.5.3. ENARSA

Por el art. 1° de la ley 25.943 (año 2004) se dispuso textualmente: "Créase Energía Argentina Sociedad Anónima bajo el régimen del Capítulo II, Sección V, de la Ley 19.550 (t.o. 1984) y sus modificatorias, y las disposiciones de la presente ley". Sin embargo, la ley no incluye modificaciones relevantes al régimen del citado Capítulo II, Sección V ("De las Sociedades Anónimas") excepto tal vez en cuanto a su integración inicial como sociedad unipersonal, y a la imposibilidad de convertir al Estado en accionista minoritario.

El capital está representado por acciones de distintas clases. El 53% corresponde al Estado Nacional, se previó que las Provincias accedieran al 12%, y se reservó para oferta pública al restante 35%. El objeto social permite a ENARSA realizar diversas actividades vinculadas a la industria energética. Se previó que la empresa “[e]n su actuación observará las políticas del Estado nacional...” y estará dedicada al estudio, exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos, el transporte, almacenaje, distribución, comercialización e industrialización de estos productos y sus derivados, el transporte y distribución de gas natural, y la generación, transporte, distribución y comercialización de energía eléctrica. ENARSA cuenta entre sus activos con el monopolio legal de la exploración y explotación de la plataforma submarina del Mar Argentino, correspondientes al Estado Nacional.

1.5.4. Aguas Argentinas

En el año 2006, el Estado nacional dispuso la rescisión del contrato de concesión de Aguas Argentinas invocando el incumplimiento del concesionario, y decidió reasumir transitoriamente el servicio (dec. 303/2006). Inmediatamente después se dictó el dec. 304/2006 (ratificado por ley 26.100) por medio del cual se constituyó una sociedad anónima denominada “Agua y Saneamiento Argentino”, con el objeto de prestar el servicio anteriormente concesionado a Aguas Argentinas.

El capital de esta nueva sociedad pertenece en un 90% al Estado nacional, mientras que el 10%, como también ocurría en Aguas Argentinas, corresponde a los trabajadores a través del Programa de Propiedad Participada (PPP). Una vez más se incluyó un artículo (en este caso, el 11) según el cual AySA “se regirá por las normas y principios del Derecho Privado” (lo que excluye la aplicación de las normas administrativas en materia de Procedimientos, Contrataciones y Empleo Público, pero no los controles de la ley 24.156).

1.5.5. Aerolíneas Argentinas

Mediante ley 26.412 se dispuso que “[p]ara garantizar el servicio público de transporte aero-comercial de pasajeros, correo y carga, el Estado nacional procederá al rescate de las empresas Aerolíneas Argentinas S.A. y Austral Líneas Aéreas - Cielos del Sur S.A. y de sus empresas controladas (...) por compra de sus acciones societarias”. El precio sería determinado por el Tribunal de Tasaciones de la Nación.

A diferencia de otras oportunidades, en este caso se previó que, una vez que el Estado adquiera las acciones, “[e]n ningún caso (...) cederá la mayoría accionaria de la sociedad, la capacidad de decisión estratégica y el derecho de veto en las decisiones de la misma” (art. 6º, ley 26.412). Posteriormente las acciones fueron declaradas de utilidad pública y sujetas a expropiación

(ley 26.466), y se declaró que, con el objetivo de preservar la continuidad del servicio público y de las fuentes de trabajo, y la preservación de los bienes, el Poder Ejecutivo ejercería inmediatamente "todos los derechos que las acciones a expropiar le confieren".

1.5.6. Ferrocarriles Argentinos

En el año 2015 se sancionó la ley que crea la empresa Ferrocarriles Argentinos Sociedad del Estado. De acuerdo al texto de la normativa aprobada, la nueva sociedad tendrá el control de las siguientes sociedades: SOFSE, que gobierna el transporte de pasajeros; ADIF, que administra la infraestructura ferroviaria; BCyL, que administra el transporte de carga; y ARHF, encargada de la gestión del personal. No obstante, estas sociedades seguirán existiendo como tales y sus respectivos presidentes pasarán a integrar la conducción de FASE junto con un representante de la Secretaría de Transporte y dos directores del gremio del sector. En virtud de esta nueva ley, Ferrocarriles Argentinos controlaría todo el sistema ferroviario nacional.

1.5.7. Otros casos

Existen otros hechos susceptibles de ser incluidos en este listado, tales como la asunción de responsabilidades estatales para la televisación de los partidos de fútbol, o algunos aspectos de la ley 26.522 (de Medios de Comunicación Audiovisual) pero al desarrollarlos nos extenderíamos más allá del objetivo de este trabajo.

1.6. Nuevas modalidades de empresas públicas(4)

Algunos autores coinciden en que a partir de 2003 renació el interés por un "Estado empresario". Destacan que dicha reaparición "...no aconteció, desde las ópticas clásicas ni por medio de los instrumentos tradicionales, sino a través de nuevos formatos empresariales y societarios, cada vez más cercanos al derecho común, protagonizados por sociedades comerciales que, no obstante su perfil netamente privado, estaban constituidas por fuertes atributos públicos". Sin embargo, se diferencian en cuanto consideran que la crisis de 2001/02 provocó la búsqueda de nuevas respuestas para antiguos desafíos y se animan a bosquejar lineamientos básicos de una posible caracterización jurídica de tales organizaciones, tipificadas por ellos como "Sociedades Anónimas Bajo Injerencia Estatal" (SABIE), por fuera de la organización administrativa del Estado.

---

(4) Carbajales, Juan José, "Las SABIE. ¿Nueva modalidad de 'empresa pública' por fuera de la organización administrativa del Estado?".

1.7. Participación accionaria de ANSeS en sociedades

ANSeS ha llegado a ser accionista de diversas sociedades comerciales abiertas por una vía indirecta y de un modo que no le permite controlar la entidad, ni formar su voluntad social. Esta particularidad resulta como consecuencia del pasado institucional, legal y político del sistema previsional argentino.

1.7.1. Breve análisis del sistema previsional argentino

En 1968 se implementó una reforma previsional de importancia, mediante la sanción de las leyes 18.037 para trabajadores en relación de dependencia y 18.038 para trabajadores autónomos. Desde entonces, ése fue el cuerpo legal que rigió hasta la sanción de la nueva ley 24.241, y su puesta en marcha en julio de 1994.

a) Creación de las AFJP

La ley 24.241 creó la figura de la Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones —AFJP— y de un organismo de control, dependiente del Ministerio de Trabajo: la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones. Asimismo, estableció el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP) que era parte, a su vez, del Sistema Único de Seguridad Social (SUSS).

El Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones estaba conformado por:

i) *el Régimen de Reparto*: administrado y financiado por el Estado, que otorgaría las prestaciones mediante el régimen previsional público.

ii) *el Régimen de Capitalización*: basado en los aportes personales, administrados por las AFJP, que otorgaban y financiaban las prestaciones con los montos acumulados de dichos aportes y sus respectivas capitalizaciones.

La Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, la Comisión Nacional de Valores y el Banco Central a través de una resolución conjunta (en cumplimiento del art. 74 de la ley 24.241), fijaron distintas posibilidades de inversión y un tope máximo para que las AFJP coloquen los fondos en acciones.

Para controlar el actuar de las AFJP en el manejo de tales fondos y para buscar asegurar que tuvieran un efecto neutral en el mercado, se limitó su posible participación en el directorio de las sociedades en que hubieran invertido como accionistas por cuenta del fondo al 5% del total de tenencias (art. 76, inc. b], ley 24.241). Asimismo, y para despejar cualquier duda, la ley también estableció que las AFJP tenían deberes fiduciarios para con los beneficiarios del sistema previsional.

b) Creación del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) y el Fondo de Garantía de Sustentabilidad. Eliminación del Régimen de Capitalización

En el año 2008 se sancionó la ley 26.425, la cual dispuso la unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones en un único régimen previsional público, denominado Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA). Este nuevo único régimen público sería financiado a través de un sistema solidario de reparto.

Se eliminó el Régimen de Capitalización, que fue sustituido por el Régimen de Reparto y las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones fueron absorbidas por el Estado. La ley 26.425 —además de eliminar el régimen de capitalización instituido por la ley 24.241 y disponer su absorción por el régimen de reparto— ordenó la transferencia de todos los recursos administrados por las AFJP a la ANSeS, pasando a integrar el llamado "Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino" ("FGS").

Luego de su transferencia (ya sea de efectivo o de lo invertido en activos financieros), el FGS administraría aquellos fondos y efectuaría las inversiones, con excepción de las inversiones en fondos del exterior, que se prohibió expresamente en la ley 26.425.

De este modo ANSeS devino en accionista de: Aluar (9,51%); Banco Hipotecario (donde ya tenía la mayoría accionaria, sin gerenciamiento, y ahora recibió un 4,87% adicional); Banco Francés (6,44%); Grupo Financiero Galicia (15,26%); Banco Macro (26,62%); Banco Patagonia (14,66%); Endesa Costanera (13,4%); Edenor (25,27%); Emdersa (20,96%); Pampa Holding (19,35%); Transener (18,78%); Grupo Concesionario del Oeste (21,56%); Consultatio (26,62%); Distribuidora de Gas Cuyana (26,12%); Camuzzi Gas Pampeana (12,65%); Gas Natural Ban (26,63%); Metrogas (7,34%); TGS (22,04%); Juan Minetti (11,31%); Euromayor (9,35%); Cítricos San Miguel (26,96%); Quickfood (8,97%); Molinos Río de la Plata (19,92%); Metrovías (8,55%); S.A. Imp. y Exp. de la Patagonia (Supermercados La Anónima, 20,24%); Siderar (25,97%); Solvay Indupa (16,71%); Socotherm Americas (18,79%); Mirgor (21,54%); Capex (10,73%); Petrobras Energía Participaciones (9,29%); Petrobras Energia (0,95%); Grupo Clarin (9%); Telecom (18,78%) y otros donde la participación recibida de las AFJP es inferior al 5% en cada caso: IRSA, Central Puerto, Cresud, Tenaris, Alto Palermo, TGN, Ledesma, Telefonica, YPF y Alpargatas.

c) La polémica participación accionaria de ANSeS en sociedades comerciales argentinas [5]

Desde un primer momento, ANSeS, al absorber a las AFJP, expresó su voluntad de conservar la propiedad de las acciones. A su vez, y a la luz de los límites impuestos a ellas en el ejercicio de los derechos políticos del 5%

(5) Barcesat, Eduardo S., "Examen del DNU 441/11"; Elespe, Douglas R., "Directores del Estado en Sociedades Abiertas. Condiciones necesarias para su participación".

(art. 76 inc. b] de la ley 24.241) —el cual no se alteró con la derogación del régimen previsional anterior—, indicó también que no intervendría en la gestión, ni nombraría directores.

Luego, aparentemente ante un cambio de opinión, el FGS decidió designar directores, dentro del cupo del 5%, y ejercer sus derechos políticos (para votar y ser elegido con las limitaciones enunciadas). A pesar de ello, posteriormente, el Poder Ejecutivo emitió el DNU 441 que modifica el art. 76 inc. b) de la ley 24.241, estableciendo que no existirá tope para el ejercicio de los derechos del Estado, ni límites para designar directores en las sociedades. Es decir, los derechos económicos se equilibrarían con el ejercicio de los derechos políticos.

De esta forma, se exigió a las sociedades anónimas nombrar a los directores que representan al Estado en un número proporcional a sus derechos económicos y ya no, dentro del límite del 5% que establecía la ley 24.241. Este fenómeno suscita dudas acerca de la compatibilidad entre los objetivos de "interés público" de la ANSeS y el "fin social" de la sociedad.

d) Situación jurídica de ANSeS como titular de la participación accionaria[6]

Debemos dejar en claro que la aparición de ANSeS como accionista minoritario no altera el régimen jurídico de la sociedad comercial, cuya actividad continúa íntegramente regida por el derecho privado, tales como las obligaciones como accionista establecidas en la Ley General de Sociedades 19.550. Sin embargo, el hecho de que las anteriores acciones de las AFJP ahora pertenezcan a ANSeS, las sujeta a un régimen legal específico.

La interferencia del derecho administrativo en su accionar como accionista societario es mínima. La sociedad anónima no se encuentra incluida dentro del concepto de "sector público nacional", siempre y cuando la participación del Estado en esa sociedad sea minoritaria y no le otorgue el "control".

Por otra parte, el art. 15 de la ley 26.222 establece que el activo del fondo se deberá invertir de acuerdo a criterios de seguridad y rentabilidad adecuados, contribuyendo al desarrollo sustentable de la economía real, a efectos de garantizar el círculo virtuoso entre crecimiento económico y el incremento de los recursos de la seguridad social. Esta norma menciona dos objetivos diferentes:

i) el primero es "seguridad y rentabilidad" e "incremento de los recursos de la seguridad social". Éste sería compatible con el "fin de lucro" inherente al objeto de la sociedad anónima de que se trate;

ii) el segundo remite al "desarrollo de la economía real" como objetivo genérico.

---

(6) DURAND, JULIO, "Participación de la ANSeS en el capital de las sociedades anónimas abiertas".

Por lo tanto, de acuerdo al régimen jurídico vigente, ésta participación minoritaria con finalidad de "inversión" tiene rasgos diferentes de aquellos que caracterizaran al "Estado empresario". En aquellos casos, el Estado recurrió a figuras jurídicas que —como mínimo— le aseguraban el control de la voluntad social, y la posibilidad de dirigir las acciones de la entidad. En cambio, como accionista por medio de una "inversión minoritaria" a través de la ANSeS, el Estado está limitado en función de criterios predeterminados en la ley: la seguridad y sustentabilidad del FGS, y el desarrollo sustentable de la economía real.

e) Posibles conflictos de interés. Conclusiones sobre la participación de ANSeS en las sociedades comerciales(7)

Como accionista, ANSeS tiene el deber de lealtad al interés social y, los directores que designe, tienen obligaciones de fidelidad respecto del objeto social y de asegurar su adecuada realización. Por lo mismo, destacados autores consideran que al determinar la conveniencia de una inversión en el capital de una sociedad anónima, ANSeS asume la obligación de respetar la consecución del objeto social.

En materia societaria, el "interés social" se identifica con el "fin perseguido por la sociedad según su objeto social". El "interés del socio" (o accionista, en las sociedades anónimas) es una cuestión diferente.

A diferencia de las personas físicas o jurídicas, el Estado no tiene realmente un "interés propio", pero sí tiene por misión la consecución del "bien común", es decir —en términos más propios del Derecho Administrativo— el "interés público". En el marco de esa finalidad genérica, a las entidades autárquicas se les ha atribuido un cometido específico que —en este caso, y en cuanto se refiere a la gestión del fondo por parte de la ANSeS— está expresamente previsto en el art. 8º de la ley 26.425(8). Este último objetivo no coincide —al menos a primera vista— con ninguno de los "fines sociales" previstos en los estatutos de las sociedades participadas. Por ello es posible imaginar casos concretos en los que el "interés social" difiera total o parcialmente de este "interés del accionista" ANSeS (es decir, el "desarrollo de la economía real", con una finalidad de "interés público").

El problema conduciría a la siguiente pregunta: ¿puede el Estado, como titular del interés público, suscribir como propios ciertos fines "privados sociales" de una empresa comercial?

Aunque la situación suscita una cantidad de dudas y de dificultades prácticas que se preferiría evitar, el "fin social" específico de una empresa comer-

---

(7) Durand, Julio, "Participación de la ANSeS en el capital de las sociedades anónimas abiertas".

(8) Ley 26.425, art. 8º: "...En los términos del artículo 15 de la Ley 26.222 el activo del fondo se invertirá de acuerdo a criterios de seguridad y rentabilidad adecuados, contribuyendo al desarrollo sustentable de la economía real a efectos de garantizar el círculo virtuoso entre crecimiento económico y el incremento de los recursos de la seguridad social".

cial no siempre es necesariamente incompatible con el "interés público". De hecho, los directores elegidos por la Asamblea a propuesta de la ANSeS son órganos de la sociedad anónima, y están obligados a enderezar su conducta hacia el beneficio de la sociedad, independientemente del "interés particular" de los accionistas en cada caso (incluido, a este respecto, la ANSeS). En consecuencia, donde se busca beneficiar el "interés social" privado se puede beneficiar a los actuales y futuros jubilados, contribuyendo a los objetivos de "interés público", tal como le impone la ley al momento de definir sus inversiones (incluyendo el "desarrollo sustentable de la economía real").

Ahora bien, si en una asamblea se verifica un insalvable conflicto entre el "interés público" que debe procurar ANSeS como ente del Estado, y el "interés social" resultante del objeto de la persona jurídica, reconocidos autores opinan que ANSeS debería abstenerse de participar en la decisión en virtud de lo dispuesto en el art. 248 de la LGS (o en su caso ejercer el derecho de receso, o vender, si determina que la consecución del objeto social es "estructuralmente" contraria al interés público). En el mismo sentido, consideran que si ANSeS, o los directores que haya designado, no se abstuviesen, podría tratarse de un conflicto de interés que diera lugar a derechos de impugnar la decisión que haya sido aprobada.

2. LAS VINCULACIONES ENTRE EMPRESARIOS: TÉCNICAS CONTRACTUALES Y SOCIETARIAS[9]

El fenómeno de la agrupación es esencialmente económico y puede canalizarse tanto mediante las técnicas societarias como mediante los denominados contratos asociativos.

Desde el punto de vista técnico, las sociedades pueden fusionarse o tomar parte de otras sociedades y a través de diferentes estructuras societarias, formar los denominados *holdings,* que en definitiva son sociedades que tienen el control de otras sociedades nacionales y/o transnacionales, según el volumen que adquieran. El análisis de estas estructuras societarias, fueron analizadas en los capítulos XI y XII. En este capítulo analizaremos las alternativas contractuales de agrupamientos.

La práctica empresaria moderna, desde mediados del siglo XX, comenzó a registrar conductas de mayor cooperación, advirtiendo que así se optimizan resultados, permite acceder a mercados más amplios y lograr una mejor distribución y prestación tanto de productos como de bienes y servicios.

Además, estas alternativas de cooperación y colaboración pueden resultar ser opciones óptimas para los pequeños inversores, ya que les permitiría tener participación en negocios de mayor rentabilidad a los que no tendrían acceso de otra forma, debido a los altos requerimientos de capital.

---

(9) NEGRI, CARLOS MARÍA, *Tratado teórico práctico de Instituciones del Derecho Privado*, Unidad Temática XVII, ps. 731-732.

Los contratos de colaboración, como tipos no societarios, fueron incorporados a la LGS recién en 1983, por ley 22.903, permitiéndose que dos o más sociedades, y aún personas físicas individuales se organizaran con finalidades comunes, sin constituir una nueva sociedad. No obstante, se habían regulado sólo dos figuras contractuales: las Agrupaciones de Colaboración Empresaria y las Uniones Transitorias de Empresas. Abultada doctrina ha criticado esa errónea técnica legislativa por considerar cuestiones contractuales en el marco de la ley societaria. Además dicha regulación produjo bastantes confusiones respecto de la eventual personalidad de los Contratos de Colaboración Empresaria, y de la posibilidad de que se traten de nuevos tipos cerrados.

El nuevo Código Civil y Comercial unifica en el capítulo llamado "Contratos asociativos" el llamado "negocio en participación" (que estaba en la parte general de la Ley de Sociedades), los contratos de colaboración empresaria (la agrupación de colaboración y la unión transitoria de empresas), y agrega los denominados "consorcios de cooperación", consolidando así un régimen unificado y contractual de negocios de colaboración.

Señala la Exposición de Motivos del CCyCN que la regulación de los contratos asociativos era absolutamente necesaria. Destaca además que: "En los usos y prácticas es muy habitual que se celebren vínculos de colaboración asociativa que no constituyen sociedad. Su tutela jurídica es más evidente aun cuando se piensa en fortalecer la colaboración para alcanzar economías de escala entre pequeñas y medianas empresas, o para hacer compras o ventas en común, o desarrollos de investigación, o abordar grandes obras sin necesidad de asociarse (...) hay una persistencia del modelo societario que hace que, con demasiada frecuencia, se los confunda y se los termine calificando como sociedad, con los perjuicios que ello genera (...) La colaboración asociativa, como la societaria, presenta comunidad de fines, de modo que las partes actúan en un plano de coordinación y compartiendo el interés, lo que la diferencia claramente de la colaboración basada en la gestión. A diferencia de la sociedad, se trata de una integración parcial y no total, ya que no existe disolución de la individualidad, ni creación de una persona jurídica. El contrato asociativo es un vínculo de colaboración, plurilateral o de participación, con comunidad de fines, que no es sociedad".

3. Contratos de colaboración[10]

Al inicio del Capítulo XVI, en el art. 1442, se aclara que a los contratos de colaboración no se les aplicará las normas sobre la sociedad. Que no son, ni

(10) Gran parte del contenido de esta sección proviene de los novedosos comentarios realizados por Junyent Bas, Francisco y Ferrero, Luis Facundo, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Julio Cesar Rivera y Graciela Medina (dirs.), 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2014. Otras fuentes consultadas: Etcheverry, Raúl Aníbal, "Formas Jurídicas de la Organización de la empresa"; Lauletta, Daniel, "La asimetría de la infor-

por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho. Paralelamente, en el art. 1446 se establece la libertad contractual: "Además de poder optar por los tipos que se regulan en las secciones siguientes de este capítulo, las partes tienen libertad para configurar estos contratos con otros contenidos".

3.1. Normativa general de los contratos asociativos en el Código Civil y Comercial

La denominación "contrato de colaboración" se refiere a aquellos contratos en los que las partes están dispuestas a cooperar, coordinarse, organizarse, persiguiendo una finalidad común. Destaca Lorenzetti que la cuestión central está en los efectos, entre los que señala:

a) No hay obligaciones correlativas como en los contratos bilaterales sino que cada parte adquiere derechos y obligaciones respecto de todos los demás.

b) Se trata de contratos abiertos, en los que pueden ingresar nuevas partes.

c) Las prestaciones pueden ser de muy distinto valor, por lo que no rige el concepto de equivalencia propia de los contratos de cambio.

d) No se aplica el pacto comisorio, ni la excepción de incumplimiento contractual.

e) El vicio que afecta el vínculo de una de las partes, no afecta a las demás.

Algunos autores sostienen que se ha pretendido abordar la cuestión desde la óptica de los contratos de empresa y desde el fenómeno económico de la concentración empresarial y que, en definitiva, en los contratos asociativos existe una relación de organización y colaboración que permite mantener la independencia y autonomía de los miembros e incluso se excluye toda dirección de control entre ellos, para evitar que sean calificados como grupos societarios.

3.1.1. Nulidad

Si las partes son más de dos la nulidad del contrato respecto de una de las partes no produce la nulidad entre las demás y el incumplimiento de una no

---

mación y la responsabilidad de socios y administradores"; VERÓN, ALBERTO VÍCTOR, "Negocio en participación (sociedad accidental o en participación) en el Código Civil y Comercial"; ESCUTI, IGNACIO A., "Libertad societaria e interpretación progresista"; RICHARD, EFRAÍN H., "El Código Civil y Comercial y contratos asociativos. Negocio en participación y agrupamiento de colaboración"; MONFARDINI DE FRANCHINI y otros, "Los Consorcios de Cooperación. Enfoque Jurídico e Impositivo".

excusa el de las otras, excepto que la prestación de aquella que ha incumplido respecto de la cual el contrato es nulo sea necesaria para la realización del objeto del contrato (art. 1443).

El art. 1443 consagra la autonomía del vínculo individual que liga a cada una de las partes, respecto de la subsistencia y validez del contrato con los restantes contratantes, en tanto y en cuanto se trate de negocios con más de dos signatarios. Se repite ahí la norma que introduce uno de los efectos típicos de los contratos plurilaterales de organización, ya contenida en el art. 16 de la LGS.

3.1.2. Forma

Los contratos a que se refiere este Capítulo no están sujetos a requisitos de forma (art. 1444).

En el art. 1444 se establece el principio general de libertad de formas. Como veremos más adelante la ley exige, además, la inscripción del contrato en el Registro Público que corresponda y el art. 1447 establece que la falta de inscripción produce efectos entre las partes pero no frente a terceros. Concordando con Vitolo, si estos contratos se celebrasen sin las formalidades previstas valdrán, no obstante, como contrato en el que las partes se comprometieron a cumplir con la formalidad requerida.

3.1.3. Actuación en nombre común o de las partes

Cuando una parte trate con un tercero en nombre de todas las partes o de la organización común establecida en el contrato asociativo, las otras partes no devienen acreedores o deudores respecto del tercero sino de conformidad con las disposiciones sobre representación, lo dispuesto en el contrato, o las normas de las Secciones siguientes de este Capítulo (art. 1445).

De acuerdo al art. 1445, los partícipes no otorgan representación orgánica, siendo aplicables las reglas de la representación voluntaria —arts. 358, 2º párr. y arts. 362 y ss., CCyCN—. En correlación con el texto del artículo citado, en los fundamentos del Anteproyecto, los miembros de la Comisión aclaraban: "También se resuelve el problema de la representación. Cuando una parte trate con un tercero en nombre de todas las partes o de la organización común establecida en el contrato asociativo, las otras partes no devienen en acreedores o deudores respecto del tercero sino de conformidad con las disposiciones sobre representación, lo dispuesto en el contrato, o en las normas de las Secciones siguientes de este Capítulo".

3.1.4. Libertad de contenidos

El art. 1446 adopta expresamente el principio de la autonomía de la voluntad. Deja librado a la voluntad de las partes reglar el contenido de los

contratos asociativos, cuando juzguen insuficientes las modalidades contractuales previstas en el Código.

3.1.5. Efectos entre partes

... los contratos no inscriptos producen efectos entre las partes (art. 1447).

No obstante exigir la inscripción de los contratos asociativos en las diferentes secciones del Capítulo, lo que demostraría el interés del legislador de publicar estos contratos, este artículo establece la oponibilidad del contrato entre las partes aunque no se hubiere cumplido con la obligación de inscripción impuesta.

3.2. Negocios en participación

3.2.1. Definición

El negocio en participación tiene por objeto la realización de una o más operaciones determinadas a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del gestor. No tiene denominación, no está sometido a requisitos de forma, ni se inscribe en el Registro Público (art. 1448).

Se trata de un negocio que se encontraba ya regulado en la LGS denominada, aunque criticada por vasto sector de la doctrina, "sociedad accidental" o en participación. La incorporación de este tipo responde a un requerimiento de gran parte de la doctrina moderna. Según Lorenzetti: "no hay duda de que no es una sociedad en sentido técnico, no constituye un sujeto de derecho, no tiene patrimonio social, carece de denominación social, no está sujeta a requisitos de forma ni a la inscripción registral".

3.2.2. Negocio oculto. Denominación. Libertad de formas

El "negocio en participación" es un contrato asociativo que no requiere inscripción. La diferencia más relevante respecto de la ahora antigua sociedad accidental o en participación, es la ausencia de *transitoriedad*. De acuerdo a la nueva normativa será negocio en participación aun cuando la actividad del gestor sea permanente o se extienda en el tiempo. Ello, siempre que sus socios mantengan su individualidad jurídica y no exterioricen la actividad común. En tal caso, prevalecerá la realidad de los hechos y perderá la calidad de ser negocio en participación.

Los partícipes carecen de responsabilidad patrimonial más allá de sus aportes, siempre que no exterioricen su actuación común. El negocio es y debe permanecer oculto para los terceros, al igual que en el régimen anterior. El gestor actúa en nombre propio. Los terceros no sólo desconocen la existencia de la sociedad sino que, al decir de Vitolo, los terceros interactúan con el o los socios gestores en el entendimiento de que lo hacen

en forma personal y por su propia cuenta. Los aportes comunes integran el patrimonio personal del socio gestor, el cual servirá para la realización o ejecución de una o varias operaciones.

El contrato del negocio en participación no requiere denominación propia, diferente a la del gestor. Sí lo requieren los restantes contratos de colaboración, los cuales tienen disposiciones específicas sobre cómo debe ser su denominación. Tampoco se exige una determinada forma para su perfeccionamiento ni su inscripción en registro público, en virtud de tratarse de un negocio oculto. Puede ser celebrado por escrito o en forma verbal, aunque en la práctica seguramente prevalecerá la forma escrita. Roitman señala que la libertad de formas y la informalidad permitida servirán para abaratar costos de constitución, lo que permitiría comenzar inmediatamente con los negocios.

3.2.3. Gestor

Actuación y responsabilidad. Los terceros adquieren derechos y asumen obligaciones sólo respecto del gestor. La responsabilidad de éste es ilimitada. Si actúa más de un gestor son solidariamente responsables (art. 1449).

Como dijimos anteriormente, las operaciones se realizan a nombre personal del gestor, por lo tanto, los terceros que contratan con él solo pueden reclamarle a ese gestor el cumplimiento de sus obligaciones. Los terceros no tienen ninguna vinculación con los demás partícipes. En consecuencia, al contratar en forma individual, el gestor responde con su propio patrimonio. La doctrina resalta que gestor sólo puede ser uno de los partícipes del negocio y no un tercero. Sin embargo, no hay límites en cuanto al número de gestores por lo que pueden haber tantos gestores como partícipes del negocio. En caso de ser varios gestores, cada uno responderá en forma ilimitada y solidaria frente a los terceros con los que hayan contratado. Se considera que la responsabilidad solidaria establecida en este artículo corresponde en la medida que el gestor haya hecho conocer el nombre de los restantes gestores y en consecuencia partícipes del negocio. Esta situación podría acarrear algunos problemas interpretativos en el futuro en razón de su difuso límite con las sociedades de hecho.

3.2.4. Partícipe

Partícipe es la parte del negocio que no actúa frente a los terceros. No tiene acción contra éstos ni éstos contra aquél, en tanto no se exteriorice la apariencia de una actuación común (art. 1450).

El art. 1450 define al partícipe como aquella parte del negocio que permanece oculta frente a terceros. En consecuencia, carece de acción contra los terceros, y éstos contra aquél, por no haber actuado con ellos, en tanto no se exteriorice la apariencia de una actuación común. Así, se sancionaría

la actuación del partícipe que exorbita el contrato normado, haciendo presumir la existencia de una sociedad.

3.2.5. Derechos de información y rendición de cuentas

De acuerdo al art. 1451, el partícipe tendrá derecho a que el gestor le brinde información, acceso a la documentación relativa al negocio y le rinda cuentas de su gestión. En defecto de pacto, anualmente y al concluir la negociación. Además, al gestor le caben aquellas obligaciones aplicables a su calidad de gestor tales como el de llevar registración en los libros contables, de realizar la gestión encomendada, etc.

3.2.6. Limitación de las pérdidas

Las pérdidas que afecten al partícipe no pueden superar el valor de su aporte (art. 1452).

Se excluye la previsión del art. 366 que remitía a las "reglas de la sociedad colectiva" en torno al funcionamiento y disolución. Se eliminan referencias a la liquidación, cubiertas por la obligación de rendición de cuentas en la forma mejorada que se regula en el art. 1451. Se establece la responsabilidad limitada de las pérdidas al valor del aporte efectuado por el partícipe. Sólo asumiría una mayor responsabilidad frente a terceros en el caso que hubiere generado la apariencia de una actuación en común.

3.2.7. Conclusión

El negocio en participación:

a) No es una sociedad ni sujeto de derecho.

b) No requiere denominación ni debe inscribirse en el Registro Público.

c) Es un negocio oculto.

d) Puede celebrarse en forma verbal o escrita. Impera la libertad de formas.

e) Los terceros se vinculan con el gestor.

f) Los aportes integran el patrimonio personal del gestor.

g) Limitan su responsabilidad a los aportes, siempre que no exterioricen la existencia de una actividad en común.

h) La falta de cumplimiento de alguno de estos requisitos no convierte en nulo el negocio.

3.3. Agrupaciones de colaboración

3.3.1. Definición

Hay contrato de agrupación de colaboración cuando las partes establecen una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades (art. 1453).

A su vez, el art. 1454 destaca la prohibición para estas agrupaciones de perseguir fines de lucro. Así: *La agrupación, en cuanto tal, no puede perseguir fines de lucro. Las ventajas económicas que genere su actividad deben recaer directamente en el patrimonio de las partes agrupadas o consorciadas. La agrupación no puede ejercer funciones de dirección sobre la actividad de sus miembros.*

Para Lorenzetti, no es requisito para integrar estos negocios tener una actividad empresarial en marcha, pudiéndose recurrir a la colaboración para iniciar actividad. Sin embargo, señala que el objeto tiene una importante limitación: "tiene que estar de alguna manera relacionado con la actividad de los participantes, ya que debe ir en provecho de ellos".

Estas agrupaciones, a diferencia de las uniones transitorias, son emprendimientos cuyo ámbito de actuación se dirige hacia la organización interna de las partes, no pudiendo trascender esta actividad hacia terceros. Se procura el aprovechamiento de ventajas estratégicas comunes de los miembros, "para eliminar costos, acrecentar la eficiencia o aprovechar oportunidades determinadas" —Vitolo 2007—.

Este contrato es una herramienta que permite mejorar la funcionalidad de varias sociedades sin alterar su operatoria individual, particularmente para pequeñas y medianas empresas, donde el acceso a ciertos bienes son costosos, por ejemplo: aparatos de alta tecnología, centros comunes para el control de calidad, centros de investigación, centros de cómputos, maquinarias agrícola, oficinas comunes de venta o promoción de productos.

Finalidad mutualista: La agrupación no puede perseguir fines de lucro. Las ventajas económicas que genere la actividad deben recaer en el patrimonio de las partes que integran la agrupación. Esto, debido a la falta de personalidad jurídica diferente del agrupamiento. Al decir de Roitman, la finalidad de los agrupamientos es prestar un servicio a sus miembros de modo tal que la actividad se proyecte en un beneficio para los que crean esa organización. En principio, el único beneficio que reciben las partes es el aumento de la productividad o reducción de costos.

No subordinación: Las relaciones organizadas son exclusivamente de coordinación o cooperación. Se excluye expresamente cualquier tipo de dirección unificada sobre los miembros de la agrupación. Esto significa que

las empresas cooperantes no sólo mantienen su autonomía e independencia desde el plano jurídico formal sino también desde lo económico sustancial (Roitman).

3.3.2. Contrato: Forma y contenido

El art. 1455 establece la forma y contenido mínimo que debe contener el contrato.

Forma: Es un contrato formal, con efectos *ad probationem.* No se imponen formas bajo pena de nulidad. Es decir que, si estos contratos se celebran sin las formalidades prescriptas, valdrán como contrato en el que las partes se obligaron a cumplir con la formalidad. El contrato debe otorgarse y modificarse por instrumento público o privado con firma certificada notarialmente y debe ser inscripto en el Registro Público. Si así no se hiciera es igualmente oponible entre las partes. Se establece también que una copia certificada con los datos de su inscripción debe ser remitida por el Registro a la autoridad correspondiente en materia de defensa de la competencia. Con esto, se pretende asegurar la finalidad de cooperación y que no afecte la libre competencia.

Sobre el punto Lorenzetti manifestó que el contrato, como en general los vínculos asociativos, no son lesivos de la competencia por sí mismos, sino que, por el contrario, favorecen la competencia adecuada al permitir a pequeñas y medianas empresas agruparse y competir con las multinacionales en virtud de la disminución de costos o mejora de eficiencia, etc.

Contenido: El contrato debe contener:

a. *Objeto* de la agrupación: debe ser determinado y responder a la caracterización y finalidad mutualista sentada en los arts. 1453 y 1454 CCyCN.

b. *Duración*: no puede exceder de diez años. Si se establece por más tiempo, queda reducida a dicho plazo. En caso de omisión del plazo, se entiende que la duración es de diez años. Puede ser prorrogada antes de su vencimiento por decisión unánime de los participantes. El contrato no puede prorrogarse si hubiese acreedores embargantes de los participantes y no se los desinteresa previamente.

c. *Denominación*: se forma con un nombre de fantasía integrado con la palabra “agrupación”.

d. *Datos que permitan individualizar a las partes del negocio*: nombre, razón social o denominación, domicilio y los datos de inscripción registral de cada uno de los participantes. En el caso de sociedades, la resolución del órgano social que aprueba la contratación de la agrupación, así como su fecha y número de acta.

e. *Constitución de un domicilio especial*: para todos los efectos que deriven del contrato de agrupación, tanto entre las partes como respecto de terceros.

f. *Obligaciones y contribuciones*: se deben establecer las obligaciones de los participantes y las contribuciones al fondo común operativo y los modos de financiar las actividades comunes.

g. *Participación*: que cada contratante ha de tener en las actividades comunes y en sus resultados.

h. *Los medios, atribuciones y poderes*: que se establecen para dirigir la organización y actividad común, administrar el fondo operativo, representar individual y colectivamente a los participantes y controlar su actividad al solo efecto de comprobar el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

i. *Los casos de separación y exclusión:* las partes pueden pactar contractualmente las causas de incumplimiento y los casos de exclusión o separación.

j. *Los requisitos de admisión de nuevos participantes:* estos contratos, aunque se inicien con dos participantes, siempre tienen la potencialidad de aceptar nuevos integrantes.

k. *Las sanciones por incumplimiento de obligaciones.*

l. *Las normas para la confección de estados de situación*: a cuyo efecto los administradores deben llevar, con las formalidades establecidas por este Código, los libros habilitados a nombre de la agrupación que requiera la naturaleza e importancia de la actividad común. Deben, además, establecer la forma de tomar decisiones, modalidades de fiscalización o control, etc.

3.3.3. Resoluciones

Las resoluciones relativas a la realización del objeto de la agrupación se adoptan por el voto de la mayoría absoluta de los participantes, excepto disposición contraria del contrato... Las reuniones o consultas a los participantes deben efectuarse cada vez que lo requiera un administrador o cualquiera de los participantes. No puede modificarse el contrato sin el consentimiento unánime de los participantes (art. 1456).

Ante la falta de personalidad jurídica del agrupamiento no podemos hablar de órganos del mismo, ni de voluntad del agrupamiento diferenciada de la voluntad individual de los partícipes. La única variante respecto del régimen anterior es la aclaración de que la mayoría debe ser *absoluta,* de modo que debe computarse sobre el número de miembros y no sobre los presentes en las reuniones.

Impugnación de las decisiones: Las decisiones de los partícipes podrán ser impugnadas cuando tal impugnación se fundamente en la violación de disposiciones legales o contractuales. Si bien nada dice sobre quiénes pueden impugnar, algunos autores consideran que deberán aplicarse las soluciones previstas en la LGS. Esto significa que podrán impugnar los miem-

bros que votaron en contra, quienes se abstuvieron, los ausentes o quienes hubieran votado afirmativamente pero su voluntad se encontraba viciada al momento de la decisión.

3.3.4. Dirección y administración

La dirección y administración debe estar a cargo de una o más personas humanas designadas en el contrato, o posteriormente por resolución de los participantes. Son aplicables las reglas del mandato. En caso de ser varios los administradores, si nada se dice en el contrato pueden actuar indistintamente (art. 1457).

A diferencia del régimen de las Uniones Transitorias, se establece un régimen de administración y no de representación. Para algunos juristas, esto se debe a la organización interna de estos agrupamientos. La administración y dirección sólo puede estar a cargo de personas humanas, a quienes se les aplicará las normas del mandato.

3.3.5. Fondo común operativo

Las contribuciones de los participantes y los bienes que con ellas se adquieran, constituyen el fondo común operativo de la agrupación. Durante el plazo establecido para su duración, los bienes se deben mantener indivisos, y los acreedores particulares de los participantes no pueden hacer valer su derecho sobre ellos (art. 1458).

Queda aclarado que los bienes aplicados al uso en común no estarán a nombre de la agrupación, sino de los partícipes en indivisión funcional. Los acreedores particulares no pueden hacer valer sus derechos sobre ellos, aunque sí podrían embargar las participaciones de los partícipes. La finalidad del fondo es permitir el funcionamiento operativo de la agrupación, solventar los gastos y sufragar las deudas —Roitman—.

3.3.6. Obligaciones. Solidaridad

Los participantes responden ilimitada y solidariamente respecto de terceros por las obligaciones que sus representantes asuman en nombre de la agrupación... El participante representado responde solidariamente con el fondo común operativo por las obligaciones que los representantes hayan asumido en representación de un participante, haciéndolo saber al tercero al tiempo de obligarse (art. 1459).

El vínculo representativo es de mandato y no de representación orgánica. Cabe distinguir entonces, entre obligaciones asumidas para el mantenimiento de los bienes y de obligaciones asumidas en representación de un participante. Las primeras, deberán ser asumidas por el representante voluntario con el fondo común operativo que mantienen los partícipes a ese

fin, y en su falta recién responderán los partícipes solidariamente. Las segundas, deberán ser asumidas por el partícipe representado, o sea por el que se asumió la obligación vinculada al agrupamiento, solidariamente con el fondo común operativo. Los representantes legales no asumen responsabilidad pues no son representantes orgánicos, sin perjuicio de su responsabilidad como mandatarios.

3.3.7. Estados de situación

Los estados de situación de la agrupación deben ser sometidos a decisión de los participantes dentro de los noventa días del cierre de cada ejercicio anual. Los beneficios o pérdidas o, en su caso, los ingresos y gastos de los participantes derivados de su actividad, pueden ser imputados al ejercicio en que se producen o a aquel en el que se aprueban las cuentas de la agrupación (art. 1460).

Se trata de una rendición de cuentas. Se establece un plazo de 90 días dentro del cual deben ser puestos a consideración de los partícipes, por parte de los administradores. En virtud de que la agrupación no puede perseguir fines de lucro, tanto los beneficios como las pérdidas corresponden a los partícipes en las proporciones convenidas.

3.3.8. Extinción

El contrato de agrupación se extingue: a. por la decisión de los participantes; b. por expiración del plazo por el cual se constituye; por la consecución del objeto para el que se forma o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo; c. por reducción a uno del número de participantes; d. por incapacidad, muerte, disolución o quiebra de un participante, a menos que el contrato prevea su continuación o que los demás participantes lo decidan por unanimidad; e. por decisión firme de la autoridad competente que considere que la agrupación, por su objeto o por su actividad, persigue la realización de prácticas restrictivas de la competencia; f. por causas específicamente previstas en el contrato (art. 1461).

Congruentemente con la reforma y conforme la naturaleza contractual de estas agrupaciones, se ha sustituido la expresión "disolución" por "extinción" y se enumeran las causas de extinción.

3.3.9. Resolución parcial no voluntaria de vínculo

De acuerdo al art. 1462, quien contraviene habitualmente sus obligaciones, o perturba el normal funcionamiento de la agrupación, o incurre en faltas graves de sus obligaciones, puede ser excluido, aún en contra de su voluntad, pero sin perder su participación. Se ha reglado expresamente el supuesto de resolución del contrato al ser sólo dos las partes. En tal caso: *...si*

una incurre en alguna de las causales indicadas, el otro participante puede declarar la resolución del contrato y reclamar del incumplidor el resarcimiento de los daños (art. 1462).

3.4. Uniones transitorias

3.4.1. Definición

Hay contrato de unión transitoria cuando las partes se reúnen para el desarrollo o ejecución de obras, servicios o suministros concretos, dentro o fuera de la República. Pueden desarrollar o ejecutar las obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal (art. 1463).

Según exposición de sus autores, en la unificación civil y comercial se suprime toda alusión a la noción de empresa y a las sociedades comerciales.

La principal diferencia entre las Uniones Transitorias (UT) y las Agrupaciones de Colaboración (AC) es que las UT son externas y tienen por objeto el desarrollo o ejecución de obras, servicios o suministros concretos a favor de uno o más terceros, denominados comitentes. Se trata, según Lorenzetti, de una integración parcial con fines de integración, cuyo objetivo primordial es la trascendencia de la organización frente a terceros, la prestación de un servicio o suministro o la ejecución de una obra o servicio, los cuales podrán ser más de uno, siempre que sean concretos y se encuentren individualizados.

Por su parte, señala Esper que las dos notas centrales de esta figura son: a) la transitoriedad de su duración, limitada al tiempo necesario para desarrollar el proyecto común aunque se trate de un proyecto de la larga duración, por ej., represas hidroeléctricas, y b) la especificidad del objeto para el que se constituye.

A diferencia de las AC, éstas pueden perseguir fines de lucro, aunque los beneficios se incorporarán en el patrimonio individual de sus miembros, según sus proporciones convenidas. Pero al igual que las AC, las UT son negocios de colaboración, ajenos a la subordinación y cada integrante es independiente jurídicamente, pudiendo integrar otras uniones o acuerdos de colaboración, salvo pacto en contrario.

3.4.2. Contrato. Forma y contenido

Nos remitimos en cuanto a la forma a lo expuesto para las AC. El art. 1464 dispone una serie de requisitos que debe contener el contrato bajo pena de convertirlo en una figura atípica de los negocios asociativos, pero no nula. El nuevo régimen, en cuanto sienta el principio general de libertad de contenidos (art. 1446), no impone formalidades bajo pena de nulidad. Sin embargo, los negocios atípicos no pueden prever la constitución de fondos operativos,

ni otras técnicas jurídicas de patrimonialización ya que éstas sólo pueden ser dispuestas por ley, para aquellos contratos que cumplan con los requisitos impuestos por ley. En particular, el art. 1464 exige que en el contrato se determine:

a) El objeto: debe ser una o más obras, servicios o suministros concretos. Debe ser preciso y circunscripto a los negocios para los que fue constituida la unión, sin perjuicio de que las UT pueden realizar negocios accesorios y complementarios al objeto principal (art. 1463).

b) La duración: debe ser igual al de las obras, servicios o suministros que constituye el objeto, dotándola de transitoriedad aunque pueda exceder los 10 años establecidos para las AC.

c) La denominación: Se conforma con la denominación de alguna o algunos o todos los miembros, seguida de la expresión "Unión Transitoria". Se ha criticado este sistema ya que la inclusión de los nombres de sus partícipes no implica la responsabilidad solidaria de sus miembros. Ello en virtud de que, salvo pacto en contrario, los miembros de la unión responden mancomunadamente.

d) Los datos que permitan individualizar a las partes del negocio.

e) Domicilio especial: El contrato debe prever la constitución de un domicilio.

f) Obligaciones, contribuciones al fondo común operativo y los modos de financiar las actividades comunes: A diferencia de las AC, la constitución de un fondo común operativo no es esencial en las UT, ya que las tareas pueden ser atendidas con fondos suministrados directamente por las partes. Por lo tanto, la indivisión y postergación que se prevé en el art. 1458 para las AC, no son aplicables en este caso. En igual sentido, los acreedores individuales pueden embargar la parte de cada miembro dado que éste no es indiviso.

g) El nombre y domicilio del representante: Como en todos los contratos asociativos, el representante será un mandatario. Pero a diferencia de las AC, donde puede haber mandato sin representación, en las UT la representación será necesaria e ineludible en cuanto se trata de una figura que se vincula con terceros.

El representante puede ser una persona humana, pero a diferencia de las agrupaciones, también podrá ser una persona jurídica ya que, según Vitolo, normalmente es el líder del grupo de la Unión. El nombre y domicilio del representante debe ser inscripto en el Registro Público y debe preverse desde la constitución de la Unión.

h) El método para determinar la participación de las partes en la distribución de los ingresos y la asunción de los gastos de la unión o, en su caso, de los resultados. La UT, a diferencia de las AC puede perseguir fines de lucro.

En caso de existir ganancias o pérdidas, ellas recaerán directamente sobre el patrimonio individual de los partícipes.

i) Los supuestos de separación, exclusión de los miembros y las causales de extinción del contrato: Las partes pueden pactar sus criterios de exclusión o separación y de extinción.

j) Los requisitos de admisión de nuevos miembros.

k) Las sanciones por incumplimiento de obligaciones: Deben adoptarse por unanimidad, salvo disposición en contrario (art. 1468).

l) Estados de situación patrimonial: Los administradores deben llevar los libros exigibles y habilitados a nombre de la UT que requieran la naturaleza de la actividad común.

3.4.3. Representante

El representante tiene los poderes suficientes de todos y cada uno de los miembros para ejercer los derechos y contraer las obligaciones que hacen al desarrollo o ejecución de la obra, servicio o suministro… (art. 1466).

El contrato y la designación del representante deben ser inscriptos en el Registro Público que corresponda (art. 1465).

El representante "no gobierna la unión sino que ejecuta sus órdenes, instrucciones y directivas emitidas por sus miembros, actuando como un mandatario de ellos" —Esper—. Los representantes pueden ser una persona humana o jurídica. Su nombre y domicilio deben figurar en el contrato y ser inscripto en el Registro Público. El representante tendrá los poderes que requieran la naturaleza y extensión de las obligaciones asumidas por las partes intervinientes, administran el fondo común operativo y la dirigen, poseen todas las facultades que emergen de la ley y sus respectivos apoderamientos —Roitman—. La designación del representante no es revocable sin justa causa, excepto decisión unánime de los socios —art. 1331—. Mediando justa causa, la revocación podrá ser decidida por la mayoría absoluta de los partícipes.

3.4.4. Obligaciones. No solidaridad

Excepto disposición en contrario del contrato, no se presume la solidaridad de los miembros por los actos y operaciones que realicen en la unión transitoria, ni por las obligaciones contraídas frente a los terceros (art. 1467).

"El hecho de que un participante no tenga habitualmente el control sobre lo que hacen los demás y que no tenga beneficios directos de esa actuación, fundamentan la mancomunación simple" —Lorenzetti—.

Mientras para las AC se sienta el principio de la responsabilidad solidaria e ilimitada de los partícipes —art. 1459—, en las UT se sienta el principio

de simple mancomunación, salvo disposición contractual en contrario. Por lo tanto, cada una de las partes responderá frente a las obligaciones con terceros en la medida de su participación, y en defecto de previsión en partes iguales —arts. 825 y 826 CCyCN—. Algunos autores señalan que la excepción a esta regla puede estar dada por: a) acuerdo de las partes; o b) por disposición de una ley: solidaridad fiscal, solidaridad laboral, por responsabilidad extracontractual derivada del vicio o riesgo de las cosas, etc.

3.4.5. Acuerdos

Los acuerdos se deben adoptar siempre por unanimidad, excepto pacto en contrario (art. 1468).

Las decisiones principales en torno al objeto o al buen funcionamiento de la UT serán tomadas en reunión o consulta, pero a diferencia de las AC en que rige el principio de las mayorías, en esta figura se sienta el principio de la unanimidad.

3.4.6. Quiebra, muerte o incapacidad

La quiebra de cualquiera de los participantes, muerte o incapacidad no producen la extinción del contrato, el que continúa con las restantes partes *...si acuerdan la manera de hacerse cargo de las prestaciones ante los terceros* (art. 1469). La solución es la opuesta a la prevista para las AC (art. 1461).

3.5. Consorcios de cooperación

3.5.1. Definición

Hay contrato de consorcio de cooperación cuando las partes establecen una organización común para facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros a fin de mejorar o acrecentar sus resultados (art. 1470).

En el año 2004, mediante ley 26.005, se incorporó a nuestro ordenamiento la figura de Consorcios de Cooperación con un objeto similar al de las AC pero con aptitud de perseguir fines de lucro. El nuevo Código Civil y Comercial recepta casi íntegramente el régimen que regulaba los Consorcios de Cooperación, adecuando su terminología y corrigiendo disposiciones señaladas como inadecuadas por la doctrina. De acuerdo a los fundamentos originales de la norma, los Consorcios de Cooperación servirían para favorecer el acceso a pequeñas y medianas empresas a los grandes mercados externos, facilitándose la exportación, el avance tecnológico, y la optimización de calidad en la cadena de elaboración.

Constituyen una modalidad de colaboración empresaria orientada a establecer una "organización común" con el fin de "...facilitar, desarrollar,

incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros...".

A pesar de servir como un instrumento para la promoción de políticas de exportación, la nueva definición es más amplia y permite que pueda utilizarse no solamente por las PyMEs sino por cualquiera que aspire realizar en conjunto una actividad económica, con fines económicos diferentes a la exportación —Ymaz Videla—. Mediante esta estructura se procura la complementación económica bajo una forma no societaria y con un esquema organizacional flexible.

Resulta necesario diferenciar esta figura de las UT y de las AC. En las UT las actividades y operaciones son específicas y transitorias, en el Consorcio de Cooperación el negocio estará determinado a lo que se haya pactado en el contrato. El objeto de las AC se superpone con el de los consorcios pero se diferencia en que las AC están orientadas hacia lo interno mientras que los consorcios pueden concretar operaciones mediante vinculaciones con terceros. Otras diferencias con las AC tienen que ver con el régimen de responsabilidad establecido para los partícipes y la posibilidad de perseguir un fin de lucro —aunque esto es similar en las UT—.

3.5.2. Exclusión de función de dirección o control

El consorcio de cooperación no puede ejercer funciones de dirección o control sobre la actividad de sus miembros (art. 1471).

El legislador, de esta manera, en el art. 1471 se aseguró de aclarar que en el consorcio no hay subordinación sino que se trata de una modalidad de organización asociativo.

3.5.3. Participación en los resultados

Los resultados que genera la actividad desarrollada por el consorcio de cooperación se distribuyen entre sus miembros en la proporción que fija el contrato y, en su defecto, por partes iguales (art. 1472).

En este artículo se establece la manera en que serán distribuidos. Algunos autores consideran que no existe impedimento alguno de que las utilidades recaigan directamente en las partes, sin necesidad de que lo hagan primero en la agrupación misma. Como dice Otaegui, la participación en utilidades es una nota característica de los consorcios y ello las distingue de otras figuras como las AC.

3.5.4. Forma

El contrato debe otorgarse por instrumento público o privado con firma certificada notarialmente, e inscribirse conjuntamente con la designación de sus representantes en el Registro Público que corresponda (art. 1473).

En cuanto a la forma, nos remitimos a lo mencionado para las AC —art. 1455— y para las UT —art. 1464— del CCyCN.

Contenido: El art. 1474 exige que en el contrato se individualice a los consorcistas, las obligaciones y derechos de los miembros, la participación de cada integrante en la inversión del proyecto. En su caso, también deberá referirse a la proporción en que se participará de las pérdidas y ganancias. Se denomina al objeto como "proyecto consorcial" y se reconoce la necesidad de constituir un "fondo común operativo" con el fin de viabilizar el proyecto, el cual, de acuerdo al inc. p) debe ser "inalterable". En virtud de su naturaleza contractual y de carecer patrimonio propio, los activos son propiedad de sus miembros aún cuando se encuentren afectados a la organización común.

Los participantes deberán reunirse para tratar los temas relacionados con el objeto cuando lo solicite cualquiera de los miembros. Las decisiones deberán adoptarse por mayoría absoluta de las partes, salvo acuerdo en contrario. A falta de disposición las decisiones deberán adoptarse por unanimidad. Conforme el inc. o), las partes deberán reunirse al menos una vez al año para analizar y aprobar los estados contables. Un aspecto relevante del inc. k) tiene que ver con la designación del representante. Establece que en primer lugar se estará a lo establecido en el contrato pero establece que en caso de renuncia, incapacidad o revocación del mandato, el nuevo mandatario será designado por mayoría absoluta.

El art. 1475 agrega que en el contrato deberá establecerse, además: *las reglas sobre confección y aprobación de los estados de situación patrimonial, atribución de resultados y rendición de cuentas, que reflejen adecuadamente todas las operaciones llevadas a cabo en el ejercicio mediante el empleo de técnicas contables adecuadas. Los movimientos deben consignarse en libros contables llevados con las formalidades establecidas en las leyes. Se debe llevar un libro de actas en el cual se deben labrar las correspondientes a todas las reuniones que se realizan y a las resoluciones que se adoptan*.

Reglas contables: Se deberá realizar una registración contable asentando la creación de un fondo operativo y los bienes aportados por los participantes. Esto permite que las partes asociadas registren su inversión inicial y controlen el desarrollo del negocio y el funcionamiento del consorcio. Algunos autores destacan que en el Consorcio de Cooperación existe un "patrimonio de afectación diferenciado" en virtud de las obligaciones de llevar libros de comercio y estados de situación patrimonial exigidos en los arts. 1475 y 1476.

3.5.5. Obligaciones y responsabilidad del representante

En cuanto a las obligaciones del representante, la normativa, en el art. 1476, le exige no sólo llevar los libros y elaborar los estados de situación

patrimonial, sino también informar a los miembros la existencia de causales de extinción y tomar las medidas que correspondan. Se lo responsabiliza personalmente de asegurar que en toda actuación sea exteriorizado el carácter de consorcio.

3.5.6. Responsabilidad de los participantes

El contrato puede establecer la proporción en que cada miembro responde por las obligaciones asumidas en nombre del consorcio. En caso de silencio todos los miembros son solidariamente responsables (art. 1477).

A diferencia de lo que sucede en las AC, en los Consorcios de Cooperación (como en las UT), no se presume la solidaridad entre los participantes, salvo acuerdo o disposición en contrario y salvo las excepciones mencionadas el analizar el art. 1467, que se aplican también en este caso.

3.5.6. Extinción del contrato

El contrato de consorcio de cooperación se extingue por: a) el agotamiento de su objeto o la imposibilidad de ejecutarlo; la expiración del plazo establecido; b) la decisión unánime de sus miembros; c) la reducción a uno del número de miembros. La muerte, incapacidad, disolución, liquidación, concurso preventivo, cesación de pagos o quiebra de alguno de los miembros del consorcio, no extingue el contrato, que continúa con los restantes, excepto que ello resulte imposible fáctica o jurídicamente (art. 1478).

El legislador unificó en este artículo lo dispuesto para las AC y las UT. Destacados autores critican esta posición por entender que debieron ser "uniformes" en todas las modalidades de cooperación.

4. INFRACCIONES E ILÍCITOS SOCIETARIOS. ADMINISTRACIÓN INFIEL. BALANCES E INFORMES FALSOS E INCOMPLETOS. AUTORIZACIÓN DE ACTOS INDEBIDOS. VACIAMIENTO DE EMPRESAS. OTRAS FIGURAS CONEXAS [11]

4.1. Infracciones y delitos societarios

La administración societaria comprende el conjunto de actividades desplegadas por el órgano para posibilitar el desarrollo de la gestión operativa

(11) En virtud de la especificidad del tema, la principal fuente de información de esta sección corresponde a ILHARRESCONDO, JORGE MARCELO, *Delitos Societarios*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, 578 p.; y a ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL - CARLÉS, ROBERTO MANUEL (dirs.), *Anteproyecto de Código Penal de la Nación: aportes para un debate necesario,* Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2014. Otras fuentes consultadas: PIAGGI, ANA, "Acerca de la necesidad de integrar la responsabilidad civil del derecho de sociedades con

y la organización interna de la empresa. Algunos autores sostienen que los ilícitos societarios se caracterizan por la violación de deberes —infracciones— o por abusos de poderes —delitos— perpetrados por quienes ejercen la función fiduciaria.

Nunca convertido en ley, el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades de 2003, contenía artículos tratando específicamente los "delitos societarios" y las "infracciones cometidas por administradores". Distinguía idóneamente los delitos societarios de las infracciones que derivan del incumplimiento de los deberes legales impuestos a los administradores.

Entre los deberes y obligaciones —establecidos en la LGS— cuyo incumplimiento fueron considerados infracciones en el mencionado Anteproyecto y a las que les cabrían sanciones de tipo administrativas, son las siguientes:

-Art. 67: colocar a consideración de los socios la documentación contable con 15 días de anticipación a la Asamblea;

-Arts. 11, inc. 2º, 118 y 124: denunciar e inscribir correctamente la sede social, particularmente de las sociedades extranjeras;

-Art. 215: comunicar a la sociedad emisora de la transferencia de acciones;

- Art. 234: convocar fuera del plazo legal a la asamblea ordinaria;

-Art. 237: realizar las demás convocatorias fuera de los plazos legales; y

-Art. 73: firmar las actas dentro de los cinco días de celebrada la asamblea, entre otras.

Los delitos que se ejecutan en las sociedades —delitos societarios— no deben confundirse con la delincuencia económica específica, tales como las infracciones establecidos en materia de lealtad comercial, ambientales, etcétera(12).

Nuestro ordenamiento jurídico —a diferencia de algunas legislaciones extranjeras— no contiene aún una regulación especial sobre las conductas ilícitas enmarcadas en el ámbito societario.

Los denominados delitos societarios se encuentran tipificados en el Código Penal argentino vigente, en un articulado disperso, cuyos defectos se intentan salvar con el nuevo Anteproyecto de reforma del año 2013-2014. Ellos se encuentran previstos en la parte especial del Código Penal y son los siguientes: (i) el delito de defraudación; (ii) el delito de balance e informe falso; (iii) el delito de autorización indebida; (iv) el delito denominado de vaciamiento de empresas.

---

(12) Frick, Pablo, "Apuntes sobre la necesidad de regular la responsabilidad penal de los administradores societarios".

4.2. Delitos societarios previstos en la parte especial del Código Penal

4.2.1. El delito de defraudación

Art. 172, inc. 7º: *Será reprimido con prisión de un mes a seis años…el que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos…*

Según CREUS, la figura penal del defraudamiento exige que la conducta del sujeto activo, además de implicar una violación a sus deberes (de manejo, administración o cuidado) en cuanto al patrimonio ajeno cuyo interés resguarda y que tales deberes y obligaciones estén determinados antes de la conducta comisiva. En el ámbito societario, la misma ley de sociedades impone a quienes tienen el manejo, la administración o el cuidado, la obligación de desplegar su actividad según pautas concretas de comportamiento.

Una característica común de los delitos societarios es que las conductas prohibidas se ejecutan en violación de deberes establecidos en normas extrapenales, sobre todo de naturaleza civil y comercial, que sirven para la integración del delito. No obstante ello, la fuente de los deberes no siempre se encuentra en leyes formales. Muchas veces pueden surgir de normas particulares, actividades o funciones no escritas pero no por ello deben ser obviadas por el juez penal al analizar la existencia de delito. *Por lo tanto, en todos los casos, la responsabilidad penal por infracciones, contravenciones y delitos societarios deberían ser interpretados en consonancia con lo dispuesto por otras ramas del ordenamiento jurídico —como la comercial— y debería concurrir con la responsabilidad civil.*

Para la asignación de responsabilidad penal por este delito de defraudación, es sumamente importante destacar que no basta que el agente haya violado los deberes sociales. El Código Penal exige el conocimiento por parte del autor del carácter perjudicial o abusivo de la conducta, sumado al propósito concreto de obtener un lucro indebido para sí o para terceros o la intención expresa de causar un daño.

El Código Penal vigente contempla dos formas comisivas del delito de defraudación: (a) El abuso y (b) El quebrantamiento de fidelidad.

(a) *el subtipo de abuso*: El subtipo de abuso sanciona a "…el que…obligare abusivamente…" al titular de los bienes o intereses pecuniarios que tiene

---

la responsabilidad penal por delitos societarios"; VÍTOLO, DANIEL ROQUE, "Uso y abuso de las estructuras societarias 'of shore'"; FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS, "Sujetos responsables en los delitos societarios".

bajo su administración y representación. Se protege el patrimonio social en las relaciones externas del ente; es decir, en las relaciones jurídicas obligacionales contraídas por el administrador con terceros, en su calidad de representante de la sociedad. En el abuso, el representante legal excede los límites de su representación. Para destacados autores el problema se presenta especialmente en el ámbito societario respecto de aquellos actos notoriamente extraños al objeto social realizados por el administrador (art. 58 LGS), los cuales, aunque puedan ser inoponibles a la sociedad y no generarle a ésta perjuicio, pueden ser reprochados al autor en grado de tentativa.

(b) *El subtipo quebrantamiento de la fidelidad:* El subtipo de quebrantamiento de la fidelidad sanciona a "...el que...violando sus deberes perjudicare los intereses confiados". En éste, se protege las relaciones internas, es decir, aquellas existentes entre el sujeto activo y la persona jurídica, frente a los perjuicios que pueda causar el administrador por infracción de sus deberes. Este subtipo penal requiere que el perjuicio sea atribuible al accionar del autor y que, además, se origine en la violación de deberes a cargo del administrador. A diferencia del subtipo de abuso, se castiga el obrar del autor que a la vez quebrante intereses patrimoniales que el sujeto activo está obligado a salvaguardar.

Algunos ejemplos de quebrantamiento de fidelidad podrían ser:

- "La acción del administrador societario que simuló la existencia de la obligación a su favor, sin la existencia de una contrapartida documentada, ostensible y justificada".

- "La acción del contador a cargo de la gerencia de una institución bancaria que efectuó diversas extracciones de dinero de distintas cuentas, a cuyos efectos falsificaba firmas o autorizaba extracciones en su provecho, con lo cual perjudicaba al banco que depositó su confianza al encomendarle el cuidado de bienes ajenos".

(c) *El perjuicio:* En ambos subtipos, para que opere la consumación del delito *es necesario que se ocasione un perjuicio o daño al patrimonio de la persona jurídica.* Si bien la doctrina aclara que no es necesario que se traduzca en beneficio para el agente o para un tercero, *en ambos casos se requiere el propósito de obtención de un beneficio indebido para sí o para terceros.*

(d) *Sujetos activos:* El art. 173, inc. 7º, del Código Penal requiere para la materialidad de la acción que el sujeto activo tenga a su cargo la administración, el cuidado y el manejo de intereses pecuniarios ajenos. Como ya dijimos, no podemos prescindir de las reglas sobre administración y capacidad de los administradores que efectúa la LGS en cuanto se refiere a la gestión societaria. Estas reglas requieren que los administradores deben adecuar su actuación a los límites del objeto social y actuar de acuerdo a su deber de lealtad y diligencia del buen hombre de negocios. En ningún caso, al consi-

derarse la responsabilidad penal de un administrador social, debe prescindirse de las reglas que le fija el derecho comercial.

(e) *La rendición de cuentas en el derecho societario:* Para cierto sector de la jurisprudencia, "... si bien no cabe una asimilación absoluta entre el balance y la rendición de cuentas, no cabe desconocer que el balance, entre otras funciones, cumple la de hacer a veces de una periódica rendición de cuentas de los administradores...". Por su parte, algunos autores consideran que la aprobación de los estados contables no obsta a que la asamblea se reserve para sí el análisis e investigación y, eventualmente, el rechazo de la gestión de los administradores. La introducción de partidas falsas o el acomodamiento de sus partidas o rubros son prácticas que pueden inducir a error a los accionistas.

Ilharrescondo considera que la presentación y posterior aprobación del balance, no implica la realización de una verdadera rendición de cuentas, ni conformidad con la gestión de los administradores. Para él es evidente que la asamblea no puede juzgar racionalmente la actuación y gestión del directorio en base únicamente al balance, toda vez que pueden ser objeto de manipulación por parte del órgano de administración, al ser presentados a la asamblea y, por ello mismo, no es poco frecuente que la voluntad de la asamblea se encuentre viciada la momento de aprobarlo. En general, la doctrina penal se ha mostrado renuente a admitir el consentimiento como causal de exclusión de la tipicidad y responsabilidad penal de los administradores. Algunos de estos autores respaldan esta teoría con la disposición del art. 275 de la LGS, la que, como sabemos, le quita relevancia a la aprobación de los actos de gestión de los administradores cuando éstos sean contrarios a la ley, al estatuto o al reglamento.

(f) *Defraudación en resumen:* De lo expuesto, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1. El delito de administración fraudulenta es un delito doloso. Los actos realizados por imprudencia, negligencia o impericia no son reprochables penalmente.

2. El subtipo quebrantamiento de fidelidad exige que el sujeto sepa que: a) actúa violando sus deberes sociales, y b) su conducta es idónea para perjudicar el patrimonio del ente.

3. En el abuso defraudatorio, el agente además debe conocer que su accionar excede las facultades de las cuales se encuentra investido para obligar patrimonialmente a la sociedad.

4. En ambos casos, se requiere el propósito de obtención de un beneficio indebido para sí o para terceros.

(g) *El delito de defraudación (estafa) en el Anteproyecto 2013-2014 de Reforma del Código Penal:* El art. 143 del Anteproyecto 2013-2014 de Reforma

del Código Penal corresponde al vigente art. 172. La Comisión redactora consideró prudente mantener la fórmula vigente y las razones esgrimidas para ello, fueron las siguientes:

- Si bien es verdad que en el derecho comparado se hallan tipificaciones de la estafa que parecen más sintéticas y técnicamente superiores, la vigente redacción no ha acarreado problemas graves.

- Existe una jurisprudencia asentada al respecto, que la doctrina si bien la crítica ha realizado importantes esfuerzos dogmáticos para precisar su alcance.

- Una nueva fórmula puede provocar cierto desconcierto y dar lugar a revisiones de sentencias o pedidos en ese sentido, en razón de la enorme frecuencia con que se condena por este delito.

4.2.2. El delito de balance e informe falso

El art. 300, inc. 3° del vigente Código Penal establece: *Serán reprimidos con prisión de 6 meses a 2 años... 3° ...el fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva, que a sabiendas publicare, certificare o autorizare un inventario, un balance, una cuenta de ganancias y pérdidas o los correspondientes informes, actas o memorias, falsos o incompletos o informare a la asamblea o reunión de socios con falsedad o reticencia, sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa, cualquiera que hubiere sido el propósito perseguido al verificarlo*(13).

En materia de documentación y libros contables contamos con múltiples disposiciones: en el Código Civil y Comercial, en la LGS sobre sociedades comerciales, y en algunas otras legislaciones especiales. Brevemente recordamos que los balances deben ajustarse a una serie de principios: debe ser claro, veraz, exacto, contar con uniformidad en los criterios de valoración, etc., tal como lo establece la legislación comercial. El balance no solo está dirigido al ámbito interno de la empresa sino también a terceros interesados, ya sea por contratar con ellas o porque realizan un control de la actividad, en ejercicio del poder de policía que nuestro ordenamiento jurídico delega al Estado.

Algunos autores, como Ilharrescondo, entienden que no se trata de una única figura sino que de la propia redacción de la ley se infiere la existencia de dos subtipos legales: a) balance e b) informe falso, respectivamente. Para el mencionado autor, estamos ante un claro ejemplo de delito societario toda vez que deben ser, necesaria y excluyentemente, protagonizados

---

(13) Baez, Julio, "El delito de balance falso".

por quienes desempeñan funciones de administración o de control en las personas jurídicas.

(a) *Sujetos pasivos:* La sociedad, los socios y los terceros que accedan a la información falsa, incluyendo el Estado a través de sus autoridades de aplicación, pueden ser sujetos pasivos en el delito de balance falso.

(b) *Sujetos activos:* El Código Penal enumera taxativamente como sujetos activos del delito al fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una sociedad.

(c) *La aplicación de este delito a personas jurídicas no comerciales:* En virtud de que los delitos aquí analizados se encuentran dentro de los "fraudes al comercio y a la industria", muchos autores consideraron que no se les aplica a una sociedad civil, a una asociación, fundación o mutual por no afectar la confianza y transparencia en las relaciones comerciales. Si bien deberá analizarse cada caso concreto, de ser aprobado el Anteproyecto de 2013-2014 se resolvería esta cuestión ya que aclara expresamente que la ocultación de la documentación o información *debe referirse a la situación económica de una sociedad comercial.*

(d) *Consideraciones generales*: El delito de balance e informe falso no exige que se lesione el patrimonio de la persona jurídica. No es un delito de daño. Aparentemente, el legislador decidió tutelar la transparencia y la confianza en el marco de las transacciones comerciales. Reconocidos autores realizan una aclaración que merece ser destacada: "*...la comisión de este delito nunca se produce en forma autónoma*; es que la confección de un balance falso *generalmente constituye el medio para la perpetración de conductas cuya lesividad es aún mayor,* tales como distintas defraudaciones por fraude o abusos de confianza".

(e) *Balances especiales:* Cabe preguntarse qué sucede con los llamados "balances especiales", es decir, aquellos balances que no están destinados al público en general sino a sujetos particulares. La jurisprudencia no ha admitido para estos casos la comisión del delito que estamos analizando. Por ejemplo, en los casos en que el balance o informe falso fueron exigidos por un grupo de accionistas minoritarios y que fueron entregados sólo a éstos, siendo sus únicos destinatarios. Siguiendo esta línea no serían punibles dentro de esta figura la entrega de un balance destinado a engañar a una persona, o a una entidad bancaria. Pero estos casos mencionados no deberían quedar impunes.

Se ha considerado, por ejemplo, que "constituye un balance falso aquel en donde se había procedido a alterar sus cifras con el objeto de disimular pérdidas y reflejar utilidades, duplicando para ello algunas entradas en materia prima y bienes de reventa y extendiendo la maniobra al rubro deudores varios, facturando dos veces las operaciones de cierta importancia". Esta cuestión, como ocurre en otros delitos societarios deberá ser analizado

en cada caso concreto. Será trascendental considerar el método utilizado para la confección de los documentos, tomándose como punto de partida las prácticas contables generalmente aceptadas y las recomendaciones realizadas por los Consejos Profesionales de Ciencias Económicas.

(f) *El delito de balance e informe falso en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal 2013-2014:* El anteproyecto reduce a una sola acción típica —ocultar—, que en el Código Penal vigente son cuatro —publicar, certificar, autorizar, informar—. La acción de ocultar(14) es el común denominador del balance falso y del informe falso previsto. En el art. 165, inc. 1º, se sanciona al que estando facultado u obligado por la ley o por los estatutos de una sociedad comercial a producir información económica, la ocultare a sabiendas mediante:

1. Publicación, certificación o autorización de un inventario, un balance u otros documentos de contabilidad, falsos o incompletos.

2. Información falsa u omisiva a la asamblea, a los accionistas o a una reunión de socios.

El art. 165, inc. 1º, proviene del inc. 2º del art. 300 (conforme al texto de la ley 17.567). Los juristas miembros de la comisión redactora advirtieron que si bien es innegable el impacto de las conductas descriptas en la confianza pública, necesarias para el normal desenvolvimiento de los negocios y de las relaciones comerciales, *los principales afectados por estas conductas siempre serán aquellos a quienes está destinada la información societaria, los socios, la propia sociedad y los terceros, cuyo derecho a obtener una información completa y veraz de la situación jurídica y económica de la entidad comercial, resulta vulnerado.*

A diferencia del vigente inc. 2º del art. 300, no se enuncian los posibles sujetos activos en forma detallada, sino que basta que se trate de alguien facultado u obligado por la ley o por los estatutos de una sociedad comercial a producir documentación o información acerca de su situación económica. Se trata de un delito propio, pero la calidad de sujeto activo dependerá de la existencia de esta facultad u obligación.

4.2.3. El delito de autorizaciones indebidas

El art. 301 del Código Penal establece que *Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el director, gerente, administrador o liquidador de una sociedad anónima, o cooperativa o de otra persona colectiva que a sabiendas prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o a los estatutos, de los cuales pueda derivar algún perjuicio. Si el acto importare emisión de acciones o de cuotas de capital, el máximo de la pena se elevará a tres años*

(14) "Ocultar" significa esconder, tapar, disfrazar, callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir.

de prisión, siempre que el hecho no importare un delito más gravemente penado.

Esta figura se construye sobre la base de violaciones de deberes por parte de aquellas personas que gestionan o administran la estructura interna societaria, que despliegan una acción en violación de dichos deberes y que, además, resulta ser contraria a la ley y a los estatutos. Del articulado citado surge la necesidad de que el autor sea director, gerente, administrador o liquidador de una sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva.

Nótese que no se consideran posibles autores a los síndicos, a los integrantes del consejo de vigilancia o a los auditores. Para reconocidos penalistas, esta omisión es injustificable debido al rol esencial que cumplen en la fiscalización legal. Estos autores entienden que pueden consentir actos contrarios a la ley o a los estatutos no denunciándolos o cooperando en su ejecución. Para ellos, esta figura constituye el umbral mínimo de punición de las conductas perpetradas por los administradores en violación a sus deberes, siempre que tal obrar no implique una afectación al patrimonio del ente, circunstancia que determina el desplazamiento de encuadre a la figura de defraudación.

Es una figura de peligro. El tipo penal exige que los actos de los administradores tengan la idoneidad suficiente de generar un perjuicio. Si el perjuicio se ocasiona, el delito es desplazado por otro tipo penal previsto en el art. 173, inc. 7º.

El delito de autorizaciones indebidas en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal 2013-2014: En el Anteproyecto, se sanciona *al director, gerente, administrador o liquidador de una sociedad comercial o cooperativa que, a sabiendas, prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley mercantil o a los estatutos, de los cuales pudiere derivar algún perjuicio.* Aunque el inc. 2º del art. 165 proviene del vigente art. 301, resuelve la discusión doctrina acerca de qué personas jurídicas quedaban comprendidas, alcanzando sólo a las sociedades comerciales o cooperativas que rigen sus negocios por la ley comercial.

4.2.4. El delito de vaciamiento de empresas

La ley 25.602 incorporó en el año 2002, en el Título VI ("Delitos contra la propiedad"), Capítulo IV ("Estafas y otras defraudaciones") y más precisamente en el art. 174 del Código Penal un nuevo inciso sexto que establece: "Sufrirá prisión de dos a seis años... Inciso 6°:...el que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera, o destinado a la prestación de servicios; destruyere, dañare, hiciere desaparecer, ocultare o fraudulenta-

mente disminuyere el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital" (15).

A pesar de la discusión doctrinaria sobre la denominación de la figura, no caben dudas que las conductas comprendidas son aquellas que consisten en atentados o ataques perpetrados con malicia contra el normal funcionamiento de un establecimiento comercial, industrial, agropecuario o minero, mediante la afectación de sus bienes de capital o productos.

(a) *Perjuicio:* Es necesario que el daño al patrimonio trascienda y proyecte sus efectos a la comunidad en su conjunto, vulnerándose de esta manera el orden económico y la economía general. Por último, debemos aclarar que el tipo penal no criminaliza ni castiga las malas decisiones comerciales que se encuentren dentro del riesgo propio de los negocios. Lo que se pretende sancionar en este caso, es el obrar que produce un quiebre excepcional en la actividad regular de la empresa o establecimiento, con la intención de causar un daño y que, además, vulnera el patrimonio de la empresa y de la economía en su conjunto.

(b) *El delito de vaciamiento de empresas en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal:* La comisión redactora decidió suprimir el vigente inc. 6º introducido por la ley 25.602, en razón "de no configurar ningún supuesto de defraudación".

4.3. Responsabilidad penal de la persona jurídica

La responsabilidad penal de la persona jurídica no es una novedad en nuestro sistema legal, la novedad es su incorporación en el texto del Código que se reforma. Incorporación correcta y acertada dada la complejidad de las relaciones económicas y del crimen organizado transnacional de nuestros días. Nuestro país ya había reconocido la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los denominados delitos cambiarios (ley 19.359), delitos de contrabando (22.156) y aquellos previstos en la Ley de Abastecimiento (ley 20.680 y reformas), defensa de la competencia, etc. A partir del año 2010 se fueron incorporando gradualmente algunos otros. Concretamente en:

1. la Ley de Lavado de Dinero (26.683, del 1/6/2011), que creó el art. 304 del Código Penal;

2. la Ley Penal Tributaria; y

3. la Ley de Orden Económico y Financiero (ley 26.733, del 27/12/2011), que consagró el nuevo art. 312 que establece como delito la conducta de quien hubiera realizado el hecho "en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal".

---

(15) Palacio Laje, Carlos, "Vaciamiento de empresas y el proyecto de modificar el artículo 301 del Código Penal".

Por su parte, la Corte Suprema también se había expedido en algunos casos estableciendo, por ejemplo, en los casos de sanciones penales aplicadas a las personas jurídicas bajo las normas aduaneras, etc.

Que la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea una realidad en nuestro país es una cabal muestra de que los tiempos del Derecho Penal clásico han cambiado.

El empleo habitual de personas jurídicas en la comisión de delitos (fraudes, lavado de dinero, criminalidad organizada, etc.), la necesidad de castigarlos y la urgencia de buscar nuevas herramientas para enfrentar a la delincuencia organizada, han modificado sustancialmente los criterios tradicionales. Siguiendo esta línea, el Anteproyecto de Reforma al Código Penal del año 2013-2014, incorpora la responsabilidad penal de la persona jurídica.

4.3.1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2013-2014(16)

La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue un tema muy debatido en la comisión de juristas. El nuevo texto intenta perseguir penalmente a los responsables de las asociaciones, fundaciones y empresas por conductas ilegales que hayan favorecido a esas entidades. En el art. 59:

1. Se especifica que se trata de personas jurídicas privadas y limita las sanciones a los casos expresamente previstos por la ley.

2. Se aclara que la responsabilidad emerge de los delitos cometidos por sus órganos o representantes actuando en beneficio o interés de ellas.

3. Se establece la irrelevancia de la carencia de atribuciones del órgano o representante, siempre que la persona jurídica haya ratificado o aceptado en silencio lo actuado.

4. Se sanciona la culpa *in eligendo* e *in vigilando*, aun en el caso en que no se derivase beneficio alguno para la persona jurídica.

5. Se establece que las leyes procesales deben garantizarle a las personas jurídicas su derecho de defensa.

6. Se dispone que la responsabilidad no se extingue por la transformación, escisión, fusión o absorción de la persona jurídica.

7. Se dejan a salvo los derechos de terceros de buena fe y se limita la responsabilidad de la nueva persona jurídica a la proporción que correspondiere a la originalmente responsable.

8. Se establece un plazo máximo de prescripción de 6 años.

---

(16) Cúneo Libarona, Mariano, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas".

En el inc. 1º del art. 60 se enumeran las sanciones aplicables a las personas jurídicas, aclarando que pueden ser impuestas en forma alternativa o conjunta, aunque luego y por separado se tratan las reglas limitadoras. En el inc. 2º se aclara que pueden ser impuestas en forma alternativa o conjunta y que pueden ser aplicables las disposiciones de los Títulos VII y VIII del Libro Primero de este Código —referidas al decomiso y a la reparación de daños—. En el art. 61 se establece que el importe del día de multa será entre uno y cinco salarios mínimos, vitales y móviles. Se establece el máximo de un tercio respecto del patrimonio total del ente y se aclara que la cancelación de la personería jurídica por parte del juez penal es excepcional, y que procede sólo cuando el ente tuviese como objetivo principal la comisión de delitos. Se limita a un máximo de un año la suspensión total de actividades y clausura total del establecimiento. En el art. 62 se prevén criterios referidos a los integrantes de la persona jurídica, como el grado de inobservancia de las reglas y procedimientos internos y el de omisión de vigilancia y otros criterios referidos al resultado y efectos objetivos, como la trascendencia social y la gravedad del daño causado. Se prevé también que cuando las sanciones pudieran ocasionar graves consecuencias sociales y económicas, serios daños a la comunidad o a la prestación de un servicio de utilidad pública, el juez aplicará las que resulten más adecuadas para preservar la continuidad operativa de la empresa, de la fuente de trabajo y de los intereses de los socios ajenos al accionar delictivo.

En el caso de pequeñas y medianas empresas, habiendo sido penado el interviniente, el juez puede prescindir de sanciones a la entidad. El juez podrá disponer el pago de la multa en forma fraccionada durante un periodo de hasta 5 años, cuando su cuantía y cumplimiento en un pago único, pusiere en peligro la supervivencia de la entidad o el mantenimiento de los puestos de trabajo, o cuando lo aconseje el interés general. El juez y la administración tendrán en cuenta las sanciones que uno u otro aplicaren por el mismo hecho y con iguales fundamentos. Cuando la sanción fuese la multa, deberán descontar el monto de la aplicación por la otra competencia.

Síntesis

En el punto 1 del Capítulo se realiza un breve análisis sobre rol del Estado y su intervención en la economía en diferentes momentos históricos de nuestro país. Se desarrollan las estructuras societarias tradicionalmente utilizadas por el Estado. Se enumeran los principales casos de estatizaciones producidas desde el año 2003 y se considera la posibilidad de que haya surgido una nueva modalidad de empresa pública. Se analiza la participación de ANSeS en sociedades comerciales abiertas, desde que las AFJP fueran absorbidas por el Estado, planteando dudas sobre la existencia de un posible conflicto de interés. En los puntos 2 y 3 se analizan las diferentes formas contractuales de vinculaciones entre empresarios que se incorporan al nuevo Código Civil y Comercial. Especialmente, se desarrollan las agrupa-

ciones de colaboración, los negocios en participación, las uniones transitorias de empresas y los consorcios de cooperación. Por último, en el punto 4, se analizan los denominados delitos societarios. Entre ellos: el delito de defraudación, el de balances e informes falsos, el de autorización indebida y el de vaciamiento de empresas. Para finalizar se analizan estas figuras en el nuevo Anteproyecto de Reforma del Código Penal, como así también la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Este cuadro fue enviado como imagen. Para hacer legible el texto, por favor enviar original en word

	Empresas del Estado	Sociedad de Economía Mixta	S.A. c/ Participación Mayoritaria del Estado	Sociedad del Estado
Concepto	Entidades estatales descentralizadas que realizan actividades de carácter comercial, industrial o explotación de servicios públicos.	Integrada por: • El Estado Nacional, los Estados provinciales, las Municipalidades o entidades autárquicas y • Capitales privados. Finalidad: Explotación de empresas para satisfacer necesidades de orden colectivo, fomento de desarrollo de actividades económicas.	S.A. que puede ser dirigida plenamente por el Estado. El art. 308 L.S. exige: • Como mínimo, el 51% del Capital Social será del Estado o entes estatales (proporción perteneciente a uno o a varios entes en conjunto) y; • Esas acciones deben ser suficientes para prevalecer en las asambleas ordinarias y extraordinarias. Las acciones en su poder deben ser suficientes para contar con quórum propio y prevalecer en las asambleas ordinarias y extraordinarias por lo que el Estado debe ser titular de por lo menos el 60% del capital social.	Sociedad exclusivamente constituida por el Estado Nacional, los estados provinciales, los municipios y los organismos estatales legalmente autorizados al efecto. Finalidad: Realizar actividades de carácter comercial, industrial o explotación de servicios públicos.
Régimen Legal	Leyes: 13.653, 14.380, 15.023 y normas del estatuto. Régimen Mixto. Derecho Público: • Servicios públicos que prestan. • Relaciones con la Administración. Derecho Privado: • Actividades específicas siempre que no sean prestar Servicios públicos.	Decr. 15.349/46 ratif. Ley 12.962	Leyes: 17.318/67, 19.550 arts. 308 a 314 y 24.522.	Normas que regulan la S.A. ley 19.550 en cuanto fueran compatibles con la Ley 20.705/74. No se aplican las normas de contabilidad, obras públicas y procedimiento administrativo.
Órgano de Administración y de Control	Administración: Directorio Fiscalización: • PE mediante el Ministerio o Secretaría de Estado de la jurisdicción que corresponda. • Síndico. • Tribunal de Cuentas de la Nación: determina las normas de contabilidad.	Administración: Directorio El Presidente, Síndico y 1/3 de los Directores son elegidos por el Estado. Fiscalización: • Sindicatura Gral. de la Nación. • R.P.C. (Art. 299 inc. 3 L. 19.550)	Administración: Directorio Sistema particular de representación de la minoría no estatal. Participación en la administración y fiscalización: *Facultativa* cuando la minoría no alcanza a cubrir el 20% del capital social. *Obligatoria* cuando alcance al 20%.Tiene derecho a estar representada proporcionalmente en el directorio y a designar un síndico por lo menos. Se excluye el sistema de voto acumulativo. Se aplican las mismas incompatibilidades previstas para los directores de la S.A. de la ley 19.550. Fiscalización: • Sindicatura Gral. de la Nación. • R.P.C. (Art. 299 inc. 3 L. 19.550)	Administración: Directorio pluripersonal. Se aplican las mismas incompatibilidades previstas para los directores de la S.A. de la ley 19.550. Fiscalización: • Sindicatura Gral. de la Nación.
Otras Características	• No pueden ser declaradas en quiebra. • Disolución y liquidación a cargo del órgano que la creó – Poder Ejecutivo-.	• No hay número máximo de socios. • Cuando la Soc. explota servicios públicos, al vencimiento del plazo de duración de la Soc. el Estado puede tomar las acciones en poder de los particulares transformando la soc. en entidad autárquica administrativa. • Aportes de cualquier tipo y el Estado responde hasta el aporte efectuado. • Sí pueden ser declaradas en quiebra.	• No se aplica el límite previsto para la remuneración de directores de la L.S. • Son susceptibles de ser declaradas en quiebra (Art. 2 ley 24. 552). • Pueden ser liquidadas conforme al régimen de la L.S. (arts. 101 a 112). • Pueden transformarse en sociedades del estado.	• Pueden ser unipersonales. • No pueden transformarse en Soc. de Economía Mixta o Participación Estatal Mayoritaria. • El capital está representado por certificados nominativos negociables entre Estados Nac., Prov. y Municipales. • No pueden ser declaradas en quiebra.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 2da. QUINCENA DE MAYO DE 2015
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE “LA LEY S.A.E. e I.” - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA